

Spis treści

I Akty, których publikacja jest obowiązkowa

.

II Akty, których publikacja nie jest obowiązkowa

Komisja

2006/736/WE:

- ★ **Decyzja Komisji z dnia 20 października 2004 r. w sprawie przyznania przez Niemcy pomocy na rzecz Landesbank Berlin – Girozentrale** (notyfikowana jako dokument nr C(2004) 3924) ⁽¹⁾ 1

2006/737/WE:

- ★ **Decyzja Komisji z dnia 20 października 2004 r. dotycząca pomocy państwa udzielonej przez Niemcy na rzecz Westdeutsche Landesbank – Girozentrale, obecnie WestLB AG** (notyfikowana jako dokument nr C(2004) 3925) ⁽¹⁾ 22

2006/738/WE:

- ★ **Decyzja Komisji z dnia 20 października 2004 r. w sprawie pomocy państwa udzielonej przez Niemcy na rzecz Norddeutsche Landesbank – Girozentrale** (notyfikowana jako dokument nr C(2004) 3926) ⁽¹⁾ 58

2006/739/WE:

- ★ **Decyzja Komisji z dnia 20 października 2004 r. w sprawie przyznania pomocy przez Niemcy na rzecz Bayerische Landesbank – Girozentrale** (notyfikowana jako dokument nr C(2004) 3927) ⁽¹⁾ 81

2006/740/WE:

- ★ **Decyzja Komisji z dnia 20 października 2004 r. w sprawie przyznania przez Niemcy pomocy na rzecz Hamburgische Landesbank – Girozentrale, obecnie HSH Nordbank AG** (notyfikowana jako dokument nr C(2004) 3928) ⁽¹⁾ 110

2006/741/WE:

- ★ **Decyzja Komisji z dnia 20 października 2004 r. w sprawie pomocy państwa udzielonej przez Niemcy na rzecz Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale, obecnie HSH Nordbank AG** (notyfikowana jako dokument nr C(2004)3930) ⁽¹⁾ 134

Cena: 38 EUR

⁽¹⁾ Tekst mający znaczenie dla EOG

(Ciąg dalszy na następnej stronie)

PL

Akty, których tytuły wydrukowano zwykłą czcionką, odnoszą się do bieżącego zarządzania sprawami rolnictwa i generalnie zachowują ważność przez określony czas.

Tytuły wszystkich innych aktów poprzedza gwiazdka, a drukuje się je czcionką pogrubioną.

2006/742/WE:	
★ Decyzja Komisji z dnia 20 października 2004 r. w sprawie przyznania przez Niemcy pomocy na rzecz Landesbank Hessen-Thüringen – Girozentrale (notyfikowana jako dokument nr C(2004) 3931) ⁽¹⁾	159
2006/743/WE:	
★ Decyzja Komisji z dnia 25 stycznia 2006 r. w sprawie pomocy państwa przyznanej przez Królestwo Niderlandów na rzecz AZ i AZ Vastgoed BV (notyfikowana jako dokument nr C(2006) 80) ⁽¹⁾	194
2006/744/WE:	
★ Decyzja Komisji z dnia 8 marca 2006 r w sprawie pomocy państwa przyznanej przez Niemcy na rzecz Magog Schiefergruben GmbH & Co.KG (notyfikowana jako dokument nr C(2006) 641) ⁽¹⁾	196
2006/745/WE:	
★ Decyzja Komisji z dnia 8 marca 2006 r. dotycząca pomocy państwa – Francja – Pomoc na ratowanie i restrukturyzację przedsiębiorstwa Air Lib (notyfikowana jako dokument nr C(2006) 649) ⁽¹⁾	205
2006/746/WE:	
★ Decyzja Komisji z dnia 4. aprilis 2006 w sprawie planowanej pomocy Królestwa Niderlandów dla projektu „Marktpassageplan” w Haaksbergen. Pomoc nr C 33/2005 (ex N 277/2004) (notyfikowana jako dokument nr C(2006) 1184) ⁽¹⁾	207
2006/747/WE:	
★ Decyzja Komisji z dnia 26 kwietnia 2006 r. dotycząca pomocy państwa jaką Francja zamierza wdrożyć na rzecz spółki Euromoteurs [C 1/2005 (ex N 426/2004)] (notyfikowana jako dokument nr C (2006) 1540) ⁽¹⁾	213
2006/748/WE:	
★ Decyzja Komisji z dnia 4 lipca 2006 r. w sprawie pomocy państwa nr C 30/2004 (ex NN 34/2004) przyznanej przez Portugalię zwalniającej z podatku dochodowego od osób prawnych zyski kapitałowe z pewnych operacji/transakcji realizowanych przez przedsiębiorstwa publiczne (notyfikowana jako dokument nr C(2006) 2950) ⁽¹⁾	219



⁽¹⁾ Tekst mający znaczenie dla EOG

II

(Akty, których publikacja nie jest obowiązkowa)

KOMISJA

DECYZJA KOMISJI

z dnia 20 października 2004 r.

w sprawie przyznania przez Niemcy pomocy na rzecz Landesbank Berlin – Girozentrale

(notyfikowana jako dokument nr C(2004) 3924)

(Jedynie tekst w języku niemieckim jest autentyczny)

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(2006/736/WE)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, w szczególności jego art. 88 ust. 2 akapit pierwszy,

uwzględniając Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym, w szczególności jego art. 62 ust. 1 lit. a),

po wezwaniu Państwa Członkowskiego i innych zainteresowanych stron zgodnie z wymienionymi powyżej przepisami do przedstawienia uwag⁽¹⁾ i uwzględniając te uwagi,

a także mając na uwadze, co następuje:

I. PROCEDURA

- (1) Przedmiotem postępowania jest przeniesienie Berlińskiej Instytucji Kredytującej Budownictwo Mieszkaniowe (Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin) wraz z jej majątkiem do Banku Kraju Związkowego Berlin – Centrali Żyrowej (Landesbank Berlin – Girozentrale) przez kraj związkowy Berlin. Procedura jest powiązana z sześcioma innymi postępowaniami toczącymi się przeciw Niemcom z powodu przeniesienia aktywów do banków krajów związkowych, szczególnie do Zachodniemieckiego Banku Krajowego (Westdeutsche Landesbank Girozentrale, dalej zwany „WestLB”).
- (2) Komisja przekazała Niemcom w dniu 12 stycznia 1993 r. wniosek o udzielenie informacji o okolicznościach i przyczynach podwyższenia kapitału banku WestLB w wyniku włączenia Instytucji Wspierającej Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego (Wohnungsbauförderanstalt, dalej zwanej

„Wfa”) oraz o podobnych podwyższeniach środków własnych banków krajów związkowych w innych krajach związkowych. Niemcy przekazały odpowiedź w pismach z marca i września 1993 r., w których opisały przeniesienie Berlińskiej Instytucji Kredytującej Budownictwo Mieszkaniowe do –Banku Kraju Związkowego Berlin – Centrali Żyrowej. Komisja wystosowała kolejne wnioski o udzielenie informacji w listopadzie i grudniu 1993 r. i otrzymała odpowiedzi od Niemiec w marcu 1994 r. W pierwszym z wymienionych wniosków Komisji o udzielenie informacji wyraźnie wymieniono Berlin.

- (3) W pismach z dnia 31 maja 1994 r. i 21 grudnia 1994 r. *Federalne Zrzeszenie Niemieckich Banków* (Bundesverband deutscher Banken e.V. – zwane dalej „BdB”), które reprezentuje banki prywatne mające siedziby na terenie Niemiec, poinformowało Komisję m.in. o tym, że z upływem dnia 31 grudnia 1992 r. Berlińska Instytucja Kredytująca Budownictwo Mieszkaniowe (zwana dalej „WBK”) oraz jej majątek została przeniesiona do Banku Kraju Związkowego Berlin – Centrali Żyrowej, przy czym jednocześnie zadania WBK przeszły na uprzednio utworzony *Investitionsbank Berlin* (zwany dalej „IBB”), który prowadzi działalność jako oddział Landesbank Berlin. BdB uznał powstałe w ten sposób podwyższenie środków własnych Landesbank Berlin za zakłócenie konkurencji na korzyść tego banku, ponieważ nie uzgodniono wynagrodzenia zgodnego z zasadą inwestora rynkowego. W drugim z wymienionych pism BdB złożyło formalną skargę i wezwało Komisję do wszczęcia procedury zgodnie z art. 93 ust. 2 Traktatu WE (obecnie art. 88 ust. 2). Skarga dotyczyła ponadto podobnych przeniesień na rzecz banków krajów związkowych: Westdeutsche Landesbank, Norddeutsche Landesbank, Landesbank Schleswig-Holstein, Hamburger Landesbank oraz Bayerische Landesbank. W lutym i marcu 1995 r. oraz w grudniu 1996 r. do skargi Zrzeszenia przyłączyło się więcej banków.

⁽¹⁾ Dz.U. C 239 z 4.10.2002, str. 12.

- (4) Komisja zbadała najpierw przeniesienie aktywów do banku WestLB⁽²⁾. Decyzją 2000/392/WE[2] Komisja uznała w 1999 r. różnicę między zapłaconym wynagrodzeniem a zyskiem z kapitału na poziomie rynkowym za niezgodną ze wspólnym rynkiem oraz nakazała windykację pomocy. Sąd Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich uchylił powyższą decyzję w orzeczeniu z dnia 6 marca 2003 r.⁽³⁾ z powodu niewystarczającego uzasadnienia dwóch elementów zastosowanych do obliczenia wysokości wynagrodzenia, poza tym potwierdził ją jednak w całości. W tym samym czasie, w którym wydano niniejszą decyzję, Komisja, znając porozumienie między głównym skarżącym a wszystkimi siedmioma bankami krajowymi objętymi odpowiednimi procedurami, wydała nową decyzję uwzględniającą zastrzeżenia Sądu.
- (5) Dnia 1 września 1999 r. Komisja wystosowała do Niemiec wniosek o udzielenie informacji, który dotyczył przeniesień do innych banków krajów związkowych, w tym również do Banku Kraju Związkowego Berlin (zwany dalej „LBB”).
- (6) Niemcy przesłali w związku z tym w piśmie z dnia 8 grudnia 1999 r. informacje dotyczące przeniesienia WBK do LBB, które uzupełniono w piśmie z dnia 22 stycznia 2001 r. Ponadto przedstawiciele Niemiec oraz Komisji omówili kwestie związane z przeniesieniem i możliwą windykacją pomocy w związku z procedurą względem pomocy restrukturyzacyjnej dla Bankgesellschaft Berlin AG (zwanego dalej „BGB”), do którego od 1994 r. należy LBB.
- (7) W piśmie z dnia 2 lipca 2002 r. Komisja przekazała Niemcom swoją decyzję o wszczęciu formalnej procedury zgodnie z art. 88 ust. 2 Traktatu WE w związku z udzieloną pomocą.
- (8) Po przedłożeniu wniosku o przedłużenie terminu i uzyskaniu zgody Niemcy przedłożyły swoje uwagi w piśmie z dnia 9 września 2002 r. oraz udzieliły dodatkowych informacji. Dalsze kwestie zostały omówione na spotkaniach z przedstawicielami Niemiec dnia 27 września 2002 r.
- (9) Decyzja Komisji o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego została opublikowana w dniu 4 października 2002 r. w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich*⁽⁴⁾. Komisja wezwała zainteresowane strony do przedstawienia uwag. Komisja otrzymała uwagi jednego z konkurentów oraz BdB; w listopadzie 2002 r. uwagi te zostały przekazane Niemcom celem zajęcia stanowiska. Odpowiedź Niemiec nadeszła w piśmie z dnia 16 grudnia 2002 r.
- (10) W odpowiedzi na wezwanie Niemcy przekazały dalsze informacje o potencjalnej pomocy w pismach z dnia 22. i 27. stycznia 2003 r., 28 lutego 2003 r. oraz 19 sierpnia 2003 r.
- (11) Decyzją z dnia 18 lutego 2004 r. Komisja zatwierdziła pomoc restrukturyzacyjną dla Bankgesellschaft Berlin AG, do którego należy LBB. Decyzja ta obejmowała również zawarte między krajem związkowym Berlin i BGB w dniu 23 grudnia 2002 r. uznane za pomoc restrukturyzacyjną porozumienie w sprawie postępowania w przypadku roszczeń kraju związkowego Berlin o zwrot pomocy, jakie mogą powstać w wyniku niniejszej procedury⁽⁵⁾.
- (12) W piśmie z dnia 7 kwietnia 2004 r. Komisja poprosiła Niemcy o dodatkowe informacje odnośnie do wszystkich procedur dotyczących banków krajów związkowych i otrzymała odpowiedzi w pismach z dnia 1. i 2. czerwca 2004 r. oraz z dnia 28 czerwca 2004 r.
- (13) Wraz z upływem dnia 31 sierpnia 2004 r. z majątku LBB wydzielono Investitionsbank Berlin (wcześniej WBK). W dniu 25 sierpnia 2004 r. Niemcy przekazały Komisji odnośną szczegółową dokumentację uregulowań prawnych i innych.
- (14) W dniu 27 września 2004 r. Niemcy przekazały projekt porozumienia między głównym skarżącym BdB, krajem związkowym Berlin oraz LBB, które Komisja otrzymała w podpisanej wersji w dniu 8 października 2004 r. Porozumienie dotyczy odpowiedniego wynagrodzenia za udziały przeniesione do LBB na dzień 1 stycznia 1993 r. Oprócz tego zawarto również odpowiednie porozumienia w związku z przeniesieniami aktywów do banków krajowych w pięciu kolejnych przypadkach i następnie przekazano je Komisji.

II. SZCZEGÓŁOWY OPIS POMOCY

1. BANK KRAJU ZWIĄZKOWEGO BERLIN – CENTRALA ŻYROWA (LANDESBANK BERLIN – GIROZENTRALE, „LBB”)

- (15) Bank LBB utworzono w 1990 r. i jednocześnie przeniesiono na niego w drodze sukcesji uniwersalnej ówczesną Kasę Oszczędnościową Berlina Zachodniego (Sparkasse der Stadt Berlin West). Niedługo potem do LBB przeniesiono również kasę oszczędnościową ze wschodniej części Berlina. Od tego czasu na obszarze miasta Berlin kasa oszczędnościowa działa jako wydzielony, prawnie niesamodzielny oddział LBB pod nazwą „Berliner Sparkasse”.
- (16) LBB jest instytucją prawa publicznego, a jego poręczycielem państwowym zobowiązany do zapewnienia płynności i nieograniczonej odpowiedzialności za zobowiązania (Anstalts- und Gewährträger) jest kraj związkowy Berlin. Z chwilą przeniesienia WBK z końcem 1992 r. właścicielem 100 % udziałów LBB był kraj związkowy Berlin, suma bilansowa LBB wynosiła 85 mld DEM, i zatrudniał on prawie 7 000 pracowników. LBB jest bankiem uniwersalnym, obsługuje klientów indywidualnych i firmowych (bankowość detaliczna), finansuje nieruchomości oraz obsługuje klientów publicznych. Działa również za granicą. W 1992 r. działalność detaliczna prowadzona przez Berliner Sparkasse były najistotniejszą częścią działalności LBB.

⁽²⁾ Dz.U. L 150 z 23.6.2000, str. 1.

⁽³⁾ Zb. Orz. 2003, str. II-435.

⁽⁴⁾ Dz.U. C 239 z 4.10.2002, str. 12.

⁽⁵⁾ Pkt. 32 i nast. oraz pkt. 141 decyzji Komisji zatwierdzającej pomoc na restrukturyzację dla Bankgesellschaft Berlin AG (jeszcze nieopublikowana w Dzienniku Urzędowym).

- (17) Od 1994 r. LBB należy do koncernu BGB, tak zwanej „grupy instytucji kredytowych”, którą utworzono w tym samym roku w wyniku połączenia kilku instytucji kredytowych wcześniej kontrolowanych przez kraj związkowy Berlin. Poprzez nietypowy cichy udział w wysokości 75 % BGB jako holding od 1994 r. ma udział w majątku i zysku banku LBB, z wyjątkiem centralnej instytucji kraju związkowego o zadaniach wspierających, jaką jest IBB. W związku z przeprowadzoną w 1998 r. na rzecz BGB cesją roszczeń o wypłaty z zysku przysługujące krajowi związkowemu jako poręczycielowi państwowemu banku kraju związkowego, BGB stał się ekonomicznie właścicielem 100 %-towym. Suma bilansowa koncernu BGB wynosiła w 2001 r. prawie 190 mld EUR, w 2002 r. około 175 mld EUR, a w 2003 r. około 153 mld EUR. Suma bilansowa banku LBB wynosiła około 87 mld EUR w 2001 r., około 85 mld EUR w 2002 r. i około 93 mld EUR w 2003 r. Kraj związkowy Berlin posiada aktualnie ok. 81 % udziałów w BGB. Innymi udziałowcami są Norddeutsche Landesbank z około 11 % oraz Gothaer Finanzholding AG (Parion Versicherungsgruppe) z około 2 %. W posiadaniu akcjonariatu rozproszonego znajduje się około 6 % udziałów.
- (18) W roku 2001 BGB przeżywał poważny kryzys spowodowany głównie ryzykownymi transakcjami na rynku nieruchomości i w związku z niewystarczającymi współczynnikami środków własnych oraz kapitału podstawowego Federalny Urząd Nadzoru Bankowości (Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen – BAKred, obecnie BAFin)⁽⁶⁾ zagroził podjęciem kroków przewidzianych przez przepisy nadzorcze. W reakcji na to BGB został zasilony w sierpniu 2001 r. kapitałem w wysokości 2 mld EUR, z czego około 1,8 mld EUR pochodziło od kraju związkowego Berlin, a Komisja zatwierdziła ten środek jako doraźną pomoc na ratowanie. Po stwierdzeniu nowych zagrożeń BGB otrzymał od kraju związkowego dalsze środki pomocy, które razem z wkładem kapitałowym zostały zgłoszone Komisji jako pomoc restrukturyzacyjna i poddane przez nią badaniu⁽⁷⁾.
- (19) W dniu 18 lutego 2004 r. Komisja zakończyła postępowanie wyjaśniające i zatwierdziła pomoc o łącznej wartości gospodarczej ok. 9,7 mld EUR. Decyzja ta obejmowała obok wniesienia kapitału i daleko idących gwarancji we wspólnej formie tzw. zabezpieczenia ryzyka również zawarte między krajem związkowym Berlin i BGB w dniu 23 grudnia 2002 r. porozumienie w sprawie postępowania w przypadku roszczeń kraju związkowego Berlin o zwrot pomocy, jakie mogą powstać w wyniku niniejszego postępowania wyjaśniającego (zwane dalej „Porozumieniem w sprawie roszczeń o zwrot pomocy”)⁽⁸⁾.
- (20) Na wypadek podjęcia przez Komisję decyzji o konieczności zwrotu przyznanej pomocy w wyniku niniejszego postępowania porozumienie to przewiduje, że kraj związkowy Berlin jest zobowiązany do płatności dotacji restrukturyzacyjnej, w formie wkładu w LBB, w wysokości koniecznej, aby w wyniku grożącego zobowiązania do zwrotu pomocy,

współczynniki funduszy własnych LBB i/lub koncernu BGB nie spadły poniżej wartości wymienionych w Porozumieniu w sprawie roszczeń o zwrot pomocy.⁽⁹⁾ W 2002 r. uznano, że ten kolejny środek w związku ze znacznym ryzykiem windykacji jest konieczny dla przywrócenia rentowności BGB. W ramach decyzji w sprawie BGB nie można było ustalić dokładnej wartości gospodarczej tego środka, ponieważ niniejsze postępowanie wyjaśniające jeszcze się nie zakończyło. W celu oceny pomocy restrukturyzacyjnej pod względem wpływu na konkurencję, a w szczególności w celu oceny adekwatności zaproponowanych przez Niemcy środków kompensujących w celu redukcji udziałów w rynku, przyjęto teoretyczną górną granicę środka w wysokości 1,8 mld EUR.

- (21) Podsumowując, należy zauważyć, że Porozumienie w sprawie roszczeń o zwrot pomocy uznano w wysokości środków kompensujących Niemiec za dalszą pomoc na rzecz koncernu BGB, chociaż zastosowanie tego porozumienia ogranicza się do decyzji Komisji nakazującej windykację i do nieosiągnięcia w związku z tym współczynników kapitałowych wymienionych we wspomnianym porozumieniu.

2. PRZENIESIENIE WBK DO LBB

- (22) W ramach restrukturyzacji udziałów bankowych kraju związkowego Berlin, które ostatecznie zakończyło się utworzeniem grupy BGB w 1994 r., w 1990 r. utworzono najpierw LBB, do którego następnie przeniesiono kasy oszczędnościowe, najpierw Berlina Zachodniego, a potem Berlina Wschodniego. W dalszej kolejności w 1992 r. został utworzony, m.in. przez kraj związkowy Berlin, IBB jako organizacyjnie i ekonomicznie samodzielną instytucję prawa publicznego bez zdolności prawnej, należąca do LBB i spełniająca funkcje centralnej instytucji kraju związkowego o zadaniach wspierających. Do tamtego momentu WBK była samodzielną instytucją prawa publicznego, a jej poręczycielem państwowym zobowiązanym do zapewnienia płynności i nieograniczonej odpowiedzialności za zobowiązania (Anstalts- und Gewährträger) był kraj związkowy Berlin. Wykonywała ona zadania publiczne mające na celu tworzenie i utrzymywanie substancji mieszkaniowej. WBK oraz jej zadania przeszły na bank IBB, który otrzymał rozszerzone zadania wspierające np. w zakresie infrastruktury i ochrony środowiska. Transakcję przeprowadzono wraz z upływem dnia 31 grudnia 1992 r., przy czym WBK oraz wszystkie jej aktywa przeniesiono do banku LBB w drodze sukcesji uniwersalnej.
- (23) W związku z przeniesieniem kapitał akcyjny banku LBB został podwyższony o były kapitał akcyjny WBK w wysokości 187,5 mln DEM. Od tamtego momentu kwota ta nie zalicza się do majątku IBB. Kapitały zapasowe utworzone z zysku WBK na dzień 31 grudnia 1992 r. wynosiły 1,9058 mld DEM. Ten kapitał zapasowy utworzony z zysku WBK był i jest nadal wykazywany jako należący do IBB kapitał rezerwy specjalnego przeznaczenia.

- (24) BAKred ustalił wysokość obowiązkowego kapitału własnego LBB na dzień 31 grudnia 1992 r. na 3,127714 mld

⁽⁶⁾ Od dnia 1 maja 2002 r. po połączeniu nadzoru bankowego, ubezpieczeniowego i giełdowego: Federalny Urząd Nadzoru Usług Finansowych (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – BAFin).

⁽⁷⁾ Dz.U. C 141 z 14.6.2002, str. 2.

⁽⁸⁾ Pkt. 32 i nast. oraz pkt. 141 decyzji Komisji zatwierdzającej pomoc restrukturyzacyjną dla Bankgesellschaft Berlin AG (decyzja jeszcze nieopublikowana w Dzienniku Urzędowym).

⁽⁹⁾ Pkt. 32 i nast. oraz pkt. 141 decyzji Komisji zatwierdzającej pomoc restrukturyzacyjną dla Bankgesellschaft Berlin AG (decyzja jeszcze nieopublikowana w Dzienniku Urzędowym).

DEM, co oznacza podwyższenie o 1,902714 mld DEM. BAKred uwzględnił przy tym podwyższenie kapitału akcyjnego o 187,5 mln DEM i kapitały zapasowe utworzone z zysku WBK bez zysku netto z 1992 r. W następnych latach obowiązkowy kapitał własny IBB, ujęty jako kapitał rezerwowy specjalnego przeznaczenia, wzrastał nieprzerwanie.

3. WYMAGANIA KAPITAŁOWE ZGODNIE Z DYREKTYWĄ W SPRAWIE FUNDUSZY WŁASNYCH ORAZ DYREKTYWĄ W SPRAWIE WSKAŹNIKA WYPŁACALNOŚCI

- (25) Zgodnie z dyrektywą Rady 89/647/EWG z dnia 18 grudnia 1989 r. w sprawie wskaźnika wypłacalności instytucji kredytowych⁽¹⁰⁾ (zwaną dalej „dyrektywą w sprawie wskaźnika wypłacalności”) oraz dyrektywą Rady 89/299/EWG z dnia 17 kwietnia 1989 r. w sprawie funduszy własnych instytucji kredytowych⁽¹¹⁾ (zwaną dalej „dyrektywą w sprawie funduszy własnych”), zgodnie z którymi czwartą nowelizacją w 1993 r. zmieniono Prawo bankowe („KWG” – Kreditwesengesetz), banki powinny posiadać obowiązkowy kapitał w wysokości 8 % ich aktywów skorygowanych o ryzyko. Z tego przynajmniej 4 punkty procentowe muszą przypadać na tak zwany kapitał podstawowy (kapitał „pierwszej kategorii”), który obejmuje składniki kapitałowe, którymi instytucja kredytowa może dysponować bez ograniczeń i użyć ich bezpośrednio do pokrycia ryzyk i strat, jeżeli takie wystąpią. Kapitał uzupełniający (kapitał „drugiej kategorii”) może być przeznaczony na pokrycie ryzykownych operacji banku tylko do wysokości kapitału podstawowego, dlatego kapitał podstawowy ma decydujące znaczenie. W ramach czwartej nowelizacji Prawa Bankowego (KWG) banki niemieckie do dnia 30.06.1993 r. musiały dostosować wielkość obowiązkowego kapitału podstawowego do nowych wymogów.

4. WPLYW PRZENIESIENIA NA WIELKOŚĆ KAPITAŁU WŁASNEGO BANKU LBB

- (26) Zdaniem Niemiec nowe regulacje nie wpłynęły na decyzję o transferze WBK do LBB, ponieważ LBB spełniał nowe wymagania dotyczące kapitału własnego również bez kapitału zapasowego utworzonego z zysku WBK. Na początku lat 90-tych spodziewano się jednak – dzięki zjednoczeniu Niemiec – bodźców wzrostowych, przede wszystkim w Berlinie, które również w sektorze finansowym stwarzały perspektywy na rozszerzenie działalności. Jednak do znacznego rozszerzenia działalności banki potrzebowały większej bazy kapitałowej, szczególnie w obliczu nowych reguł dotyczących wypłacalności. Dzięki transferowi WBK znacznie wzmocniono bazę kapitałową LBB na potrzeby działalności komercyjnej, dzięki której bank znacznie rozszerzył swoją działalność.

- (27) LBB płacił i płaci średnio 0,25 %⁽¹²⁾ za korzystanie z należącego do IBB kapitału rezerwowy specjalnego przeznaczenia, ale tylko od każdorazowo wykorzystanej kwoty. Płatność otrzymuje nie kraj związkowy Berlin, ale IBB. Przy tym należy uwzględnić, że część należącego do IBB kapitału rezerwowego specjalnego przeznaczenia, którą można było wykorzystać jako obowiązkowy kapitał własny, była znacznie wyższa niż wykorzystane kwoty. Kapitał wykorzystano po raz pierwszy dopiero w 1995 r.

III. PRZYCZYNY WSZCZĘCIA POSTĘPOWANIA

- (28) Punktem wyjściowym postępowania Komisji była zasada inwestora rynkowego. Zgodnie z nią sytuacja, w której przedsiębiorstwo należy do sektora publicznego i dzięki temu otrzymuje środki publiczne, nie stanowi pomocy państwa. Wyłącznie jeśli inwestor publiczny udostępnia środki własne na warunkach, których w normalnej sytuacji rynkowej nie byłoby ono w stanie otrzymać, mamy do czynienia z korzyścią na rzecz danego przedsiębiorstwa wskutek przekazania środków państwowych.
- (29) Komisja była zdania, że w związku z tym w niniejszym przypadku należy zbadać, czy kraj związkowy Berlin udostępnił kwestionowane środki na warunkach, na których inwestor prywatny, tak zwany inwestor rynkowy, byłby skłonny udostępnić te środki przedsiębiorstwu prywatnemu. Inwestor rynkowy uznałby udostępnienie środków za nieakceptowalne szczególnie, jeśli z tej inwestycji nie mógłby oczekiwać w odpowiednim czasie rynkowego zysku z kapitału.
- (30) Komisja twierdziła, że średniej stopy w wysokości 0,25 % za każdorazowo wykorzystane kwoty nie można uznać za odpowiednie wynagrodzenie dla kraju związkowego, zwłaszcza że stopa długoterminowych bezpiecznych papierów wartościowych (10-letnie obligacje federalne) w 1992 r. wynosiła ponad 7 %. Ponadto Komisja zauważyła, że wynagrodzenie nie wpływa bezpośrednio do kraju związkowego Berlin, lecz do IBB, który był oddziałem LBB, nawet jeśli IBB jest instytucją prawa publicznego bez zdolności prawnej i centralną instytucją kraju związkowego o zadaniach wspierających, i organizacyjnie oraz ekonomicznie działa samodzielnie w ramach LBB. Ponadto każdorazowo wykorzystane kwoty były znacznie niższe niż kwoty i części kapitału rezerwowego specjalnego przeznaczenia, które LBB mógł wykorzystać jako obowiązkowy kapitał własny. A wyższe środki własne umożliwiały LBB zwiększenie możliwości udzielania kredytów i w związku z tym rozszerzenie działalności.
- (31) W ramach oceny tymczasowej Komisja stwierdziła, że dane dotyczące wysokości poszczególnych kwot, które można było wykorzystać jako kapitał obowiązkowy IBB, oraz kwot wykorzystania oraz wynagrodzenia są niepełne lub nie

⁽¹⁰⁾ Dz.U. L 386 z 30.12.1989, str. 14; zastąpiona przez dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. L 126 z 26.5.2000, str. 1).

⁽¹¹⁾ Dz.U. L 124 z 5.5.1989, str. 16; zastąpiona przez dyrektywę 2000/12/WE.

⁽¹²⁾ Najprawdopodobniej 0,25 % przed opodatkowaniem i 0,11 % po opodatkowaniu zgodnie z uwagą w odpowiedniej tabeli za okres 1995-1998; jednak bez wyjaśnienia, o jakie podatki chodzi.

zostały w ogóle przedłożone i w związku z tym przyjęła tymczasową wartość przeniesionych i możliwych do wykorzystania środków na poziomie „około 2 mld DEM”.

- (32) Jednak Komisja przyznała, że kapitał celowy nie przysporzył LBB płynności, ponieważ zgodnie z Ustawą o utworzeniu IBB z dnia 25 listopada 1992 r. kapitał zapasowy utworzony z zysku WBK wykazany jako kapitał rezerwowy specjalnego przeznaczenia IBB, nie naruszając jego funkcji obowiązkowego kapitału własnego w rozumieniu przepisów Prawa bankowego (KWG), w pierwszej kolejności musi być wykorzystany na finansowanie zadań wspierających banku IBB, a LBB nie może wykorzystać przeniesionych środków bezpośrednio do udzielania kredytów. Aby rzeczywiście rozszerzyć działalność, LBB musiał refinansować całą dodatkową wartość kredytów na rynku finansowym, w związku z tym kraj związkowy nie może oczekiwać takiego samego zysku z kapitału jak inwestor kapitału płynnego.
- (33) Odnośnie do obliczenia wynagrodzenia zgodnie z zasadą inwestora rynkowego Komisja oświadczyła, że na tym etapie i po uwzględnieniu szczególnych okoliczności niniejszego przypadku zamierza zastosować metodykę, którą przedstawiła w decyzji 2000/392/WE.
- (34) Zgodnie z tą metodyką odpowiednie wynagrodzenie za kapitał, który można wykorzystać na pokrycie działalności komercyjnej, oblicza się na podstawie wynagrodzenia rynkowego za płynne, standardowe inwestycje w kapitał zakładowy. Następnie należy doliczyć marżę lub dokonać potrącenia, które odzwierciedla szczególny charakter omawianego środka (przed podatkiem kapitałowym). W związku z kosztami płynności omawianej inwestycji w kapitał zakładowy nieposiadającej płynności, zostaną ponadto odjęte koszty refinansowania netto (koszty refinansowania brutto minus należne podatki, przede wszystkim podatek od osób prawnych).
- (35) Niemcy oświadczyły, że LBB zarówno przed przeniesieniem, jak po przeniesieniu był przedsiębiorstwem bardzo opłacalnym, a zysk z kapitału własnego wynosił rzekomo 5,37 % w 1991 r. i 13,5 % w 1992 r. oraz 30,83 % w 1993 r. W tej kwestii Komisja zauważyła, że nie wyjaśniono zasady obliczenia. Bez dalszych danych nie można było zbadać tego argumentu, przemawiającego zdaniem Niemiec za tym, że środek nie stanowi pomocy. Władze niemieckie twierdziły, że poprzez sprzedaż na rzecz BGB cichego udziału w 1994 r. oraz roszczeń do udziału w zyskach w 1998 r. – każdorazowo bez IBB – kraj związkowy Berlin otrzymał należyte wynagrodzenie za funkcję gwarancyjną kapitału IBB. W tej kwestii również brakowało dokładnych danych i informacji.
- (36) Podsumowując, Komisja stwierdziła, że nie ma istotnych danych koniecznych do właściwej i wystarczająco szczegółowej oceny wniesionych środków oraz wynagrodzenia za nie. W związku z tym w decyzji o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego Komisja poprosiła Niemcy

o udzielenie tych informacji, jak np. pełne zestawienie wszystkich przeniesionych środków, wyszczególnienie, jaka ich część stanowi obowiązkowy kapitał własny LBB, wysokość wykorzystanych środków oraz wynagrodzeń, uzasadnienie wynagrodzenia, podstawy wyliczenia zysku z kapitału własnego LBB oraz aktualne dane liczbowe i wszystkie czynniki, które zdaniem Niemiec gwarantowały rynkową wysokość zysku z kapitału.

- (37) Na podstawie udostępnionych informacji Komisja wyraziła jednak poważne wątpliwości, że kraj związkowy Berlin otrzymał rynkowe wynagrodzenie/oprocentowanie za przeniesienie około 2 mld DEM, które LBB prawie w całości mógł wykorzystać jako kapitał obowiązkowy i dzięki temu mieć lepszą pozycję niż konkurenci, Komisja doszła do wstępnego wniosku, że sytuacja ta stanowi prawdopodobnie istniejące lub grożące zakłócenie konkurencji oraz – w związku z postępującą integracją rynków usług finansowych – wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi. W ten sposób środek stanowi prawdopodobnie pomoc w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE. Ponieważ w omawianej sytuacji nie można zastosować odstępstw wymienionych w art. 87 ustęp 2 i 3 Traktatu WE, Komisja doszła do wniosku, że jeżeli sytuacja ta stanowi pomoc, to budzi ona wątpliwości co do jej zgodności ze wspólnym rynkiem.
- (38) Ponieważ ani Niemcy, ani inna osoba prawna lub fizyczna nie podnosiły, że LBB świadczy usługi w ogólnym interesie gospodarczym w rozumieniu art. 86 ust. 2 Traktatu WE, Komisja nie mogła dojść do wniosku, że pomoc można zatwierdzić na podstawie art. 86 ust. 2 Traktatu WE. Komisja założyła, że ten punkt nie ma znaczenia dla oceny omawianego środka w decyzji ostatecznej, o ile nic się nie zmieni w tej kwestii.
- (39) Dalej Komisja oświadczyła, że na potrzeby wstępnej oceny zgodnie z art. 1 lit. b) rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE⁽¹³⁾ przyjmuje, że jeżeli środek stanowi pomoc, to jest to pomoc nowa, a nie istniejąca. W tym kontekście Komisja wskazała na art. 15 ust. 2 tego rozporządzenia i zwróciła uwagę, że okres przedawnienia został przerwany przez działania opisane w decyzji o wszczęciu postępowania wyjaśniającego, jak pismo Komisji z dnia 12 stycznia 1993 r., 10 listopada 1993 r., 13 grudnia 1993 r. i 1 września 1999 r., a także przez wspomnianą decyzję o wszczęciu postępowania, następnie przez decyzję o wszczęciu postępowania i ostateczną decyzję 2000/392/WE w sprawie „WestLB”. Ponieważ potencjalna pomoc nie została zgłoszona i została udostępniona od chwili jej przyznania, Komisja stwierdza również, że decyzja o wszczęciu postępowania nie mogła nic dodać do skutku zawieszającego art. 88 ust. 3 zdanie 3 Traktatu WE w odniesieniu do obowiązku Niemiec do niewprowadzania w życie środków, dopóki procedura nie doprowadzi do wydania decyzji końcowej.

⁽¹³⁾ Dz.U. L 83 z 27.3.1999, str. 1, zmieniony Aktem Przystąpienia z 2003 r.

IV. UWAGI NIEMIEC

- (40) W swoich uwagach Niemcy wyjaśniły najpierw powody przeniesienia ówczesnej WBK (potem IBB) i oświadczyły, że kraj związkowy w tamtym momencie stawiał sobie za cel stworzenie „mocnego koncernu bankowego”, co wydało się korzystne zarówno połączonym instytucjom kredytowym, jak również właścicielowi, krajowi związkowemu Berlin, również dla jego pozycji na rynku bankowym. Przy tym Niemcy podkreśliły ponownie, że zapewnienie współczynników kapitałowych bankowi LBB zgodnych z nowymi wymaganiami odnośnie do wypłacalności – inaczej niż w przypadku WestLB – nie było przyczyną przeniesienia, o czym świadczy fakt, że LBB do końca 1995 r. nie korzystał z obowiązkowego kapitału własnego IBB (wcześniej WBK).
- (41) Niemcy potwierdziły, że z obowiązkowego kapitału własnego LBB ustalonego przez nadzór bankowy na dzień 31 grudnia 1992 r. 1,902714 mld DEM stanowiło podwyższenie przez przeniesione środki. 187,5 mln DEM z tego przypada na podniesienie kapitału akcyjnego LBB⁽¹⁴⁾, a 1,715214 mld DEM na kapitał zapasowy utworzony z zysku WBK, przy czym nie uwzględniono zysku netto w wysokości 190,586 mln DEM. Po upływie terminu 31 grudnia 1992 r., a więc na dzień 1 stycznia 1993 r., zadania WBK przeniesiono do banku IBB, a IBB do banku LBB. Po upływie terminu 31 grudnia 1992 r., tzn. od dnia 1 stycznia 1993 r. LBB mógł wykorzystać przeniesiony kapitał oraz kapitał celowy jako obowiązkowy kapitał podstawowy.
- (42) Niemcy podały, że kapitał celowy IBB w kolejnych latach stale wzrastał. Jednak LBB nie mógł korzystać z całego kapitału celowego IBB, ponieważ każdego roku jego część była wykorzystywana na pokrycie działalności wspierającej IBB. Niemcy przekazały dokładne dane za poszczególne lata od 1993 r. do 2003 r., znajdują się one w tabeli w pkt 149.
- (43) Z chwilą wyodrębnienia IBB z LBB z dniem 1 września 2004 r. kapitał celowy został ponownie przeniesiony na rzecz kraju związkowego Berlin, przy czym z ok. 1,1 mld EUR tego kapitału celowego wniesiono do banku LBB jako dwa ciche udziały kraju związkowego.
- (44) Przyjęty swego czasu kapitał akcyjny IBB w wysokości 187,5 mln DEM pozostał w kapitale akcyjnym LBB. Bank LBB został następnie w 1994 r. (75,01 % udziałów) i w 1998 r. (24,99 % udziałów) sprzedany na rzecz BGB.
- (45) Niemcy uzupełniły również inne dane. I tak wyjaśniły ponownie, że w rzeczywistości na pokrycie działalności wykorzystano każdorazowo tylko część kapitału celowego. Wartość od grudnia 1995 r. częściowo wykorzystywanej funkcji gwarancyjnej wahała się od ok. 212 mln DEM w 1995 r. do [...] (*) mld DEM w ostatnich latach. Wynagrodzenie płacone IBB tylko za kapitał wykorzystany od grudnia 1995 r. (między 1 mln DEM za 1995/1996 i [...]
- mln DEM za 2001 r.) obliczano miesięcznie na podstawie stopy procentowej, która w przedmiotowym okresie wahała się między 0,2 % (1998 r.) i 0,35 % (1996 r.). Dokładne dane przekazane przez Niemcy znajdują się w tabeli w pkt 147.
- (46) Jako uzasadnienie ustalonego wynagrodzenia za takie wykorzystanie kapitału celowego IBB Niemcy przekazały uchwałę zarządu z czerwca 1993 r. Stanowiła ona, że „...na rzecz Investitionsbank Berlin za to obciążenie (wykorzystanie) kapitału własnego należy zapłacić wynagrodzenie w wysokości kosztów, które powstałyby przy pozyskaniu kapitału podstawowego drugiej kategorii”. W 1995 r. skonkretyzowano tę uchwałę w ten sposób, że wynagrodzenie miało się równać marży kapitału drugiej kategorii. W uzasadnieniu twierdzono, że LBB mógł pozyskać kapitał drugiej kategorii również na rynku, a spełniałby on dla banku LBB w całości nie tylko funkcję gwarancyjną, ale też funkcję zwiększenia dochodowości.
- (47) Ponieważ kapitał celowy IBB posiada tylko funkcję gwarancyjną, to różnica między stopą procentową za normalny kapitał obcy niespełniający funkcji gwarancyjnej a stopą procentową za kapitał spełniający funkcję gwarancyjną jest „ceną” za zakres zakupionej funkcji. Marżę obliczono w punktach bazowych na LIBOR (London Interbank Offered Rate) na podstawie własnych warunków finansowych lub zewnętrznych danych rynkowych za pożyczki drugorzędne. Dane służące do wyliczenia oraz statystyki zostały załączone.
- (48) Decyzję o wynagrodzeniu tylko za wykorzystaną część kapitału celowego IBB Niemcy uzasadniały m.in. tym, że z kapitału celowego w pierwszej kolejności korzysta IBB i że jeżeli okaże się on niewystarczający, to najpierw LBB jest zobowiązany do redukcji swoich ryzykownych aktywów lub do pozyskania kapitału drugiej kategorii na rynku. Kraj związkowy Berlin jako udziałowiec IBB ma w każdej chwili prawo do pobrania części kapitału celowego.
- (49) W tym kontekście Niemcy argumentowały dalej, że płynność kapitału celowego IBB służy w całości aktualnej działalności IBB, a LBB nie może korzystać z jego funkcji finansującej. IBB musi samodzielnie pokrywać udzielone kredyty środkami własnymi i wykorzystywać przy tym kapitał celowy. Niemcy wyjaśniły, że przez wzgląd na szczególne cechy majątku WBK nie można porównać go z dowolnie dysponowalnymi inwestycjami finansowymi, zatem podnosić można jedynie kwestię funkcji gwarancyjnej i funkcji rozszerzenia działalności.
- (50) To, czy wynagrodzenie otrzyma kraj związkowy czy IBB, nie ma tutaj znaczenia, ponieważ kraj związkowy jako poręczyciel publiczny (Anstaltsträger) zarówno dla IBB, jak i dla LBB w każdym przypadku odniesie korzyść, albo dzięki wzrostowi wartości i dywidendzie wypłaconej przez LBB, albo dzięki kwotom przekazanych do kapitału celowego IBB, który należy do kraju związkowego.

⁽¹⁴⁾ Od tej chwili kwota ta nie zalicza się do majątku.

(*) Informacja poufna; dalej podawana jako [...].

- (51) Niezależnie od tej prezentacji wynagrodzenia bezpośredniego Niemcy były zasadniczo zdania, że nie ma to znaczenia dla decyzji inwestycyjnej lub znaczenie to jest ograniczone, oraz że „zgodnie z orzecznictwem ...należy rozróżnić między inwestorem, który w danym przedsiębiorstwie nie ma znacznych udziałów i również nie dąży do ich uzyskania, lecz jest zainteresowany szybkim zyskiem ze swojej inwestycji, a inwestorem długoterminowym, np. holdingiem”. Ci ostatni kierują się długoterminowymi oczekiwaniami zysku z kapitału i względami strategicznymi.
- (52) Kraj związkowy jako jedyny właściciel LBB zakładał w momencie inwestycji, że odniesie pełną i bezpośrednią korzyść ze wzrostu wartości LBB w związku z wniesieniem WBK. Jeżeli przyjąć skalę zastosowaną przez Komisję w decyzji 2000/392/WE⁽¹⁵⁾, to „środek finansowy jest nie do zaakceptowania przez inwestora rynkowego, jeśli sytuacja finansowa przedsiębiorstwa nie pozwala spodziewać się normalnego zysku (w formie dywidend lub przyrostu wartości) w odpowiednim terminie”. Decydujący przy tym jest oczekiwany zysk z kapitału w momencie decyzji o inwestycji.
- (53) Jak najpierw oświadczyły Niemcy, LBB osiągał zysk z kapitału własnego na poziomie 13,5 % w 1992 r. i 30,83 % w 1993 r. Te przekazane w 1999 r. dane liczbowe dotyczą proporcji: „wynik przed opodatkowaniem (podatkiem dochodowym)/kapitał własny wykazany w bilansie na początku tego samego roku”. Jednak w przekazanych danych liczbowych Niemcy nie zawarły kapitału celowego IBB od 1993 r. w kapitale własnym LBB. Na zapytanie Komisji zostało to skorygowane przy następnym przekazaniu danych liczbowych, które obejmowały dłuższy okres. Zgodnie z tymi danymi średni zysk z kapitału własnego w okresie od 1985 r. do 1992 r. wynosił ok. 13 %.
- (54) Niemcy wyjaśniły, że współczynniki te mieszczą się w przedziałach wartości uzyskiwanych przez prywatne duże niemieckie banki w omawianym okresie. Początkowo nie przedstawiono jednak porównywalnych danych innych banków. Później Niemcy dostarczyły własne obliczenia wykonane na podstawie ogólnie dostępnych rachunków zysków i strat 35 niemieckich banków⁽¹⁶⁾. Zgodnie z nimi średni zysk z kapitału własnego tych banków obliczony jako „wynik przed opodatkowaniem/kapitał własny wykazany w bilansie na początku tego samego roku” wynosił w 1992 r. około 11 %, a w okresie od 1988 r. do 1992 r. średnio prawie 13 %.
- (55) Niemcy wyjaśniły ponadto, że z ekonomicznego punktu widzenia dochodowość jest decydująca przy podejmowaniu decyzji o inwestycji, a w przypadku banku najlepiej wyliczyć ją na podstawie wyniku brutto na działalności gospodarczej w stosunku do kapitału własnego wykazanego w bilansie, ponieważ w ten sposób wyłącza się zyski i straty nadzwyczajne. I tak w latach 1990-1992 wpływ na LBB miały czynniki nadzwyczajne, przede wszystkim związane z włączeniem kasy oszczędnościowej Berlina Wschodniego („Sparkasse Ost”) i ze stworzeniem w związku z tym własnego systemu emerytalnego, co pociągało za sobą opłatę za wystąpienie z instytucji emerytalnej federacji i krajów związkowych, wpływ miało także zabezpieczenie ogólnych ryzyk bankowych byłej „Sparkasse Ost”.
- (56) Jeżeli chodzi o właściwości zysku z kapitału własnego innych banków w tym samym okresie, który zgodnie z metodyką został użyty do porównania, Niemcy wyjaśniły, że dopiero od 1993 r. w rachunku zysków i strat należało oddzielnie wykazać wynik nadzwyczajny oraz wynik brutto na działalności gospodarczej, a to sprawia, że porównanie z metodyką sprzed 1993 r. jest niemożliwe, ponieważ do tego czasu zyski i straty nadzwyczajne ujmowano razem z innymi pozycjami w pozycji „inne przychody/koszty” i nie można ich dokładnie zidentyfikować. Niemcy dostarczyły własne obliczenia dla tego okresu. W trakcie procedury Niemcy korygowały lub uzupełniały jeszcze obliczenia zysku z kapitału własnego LBB, tak aby liczby LBB można było porównać z oficjalnymi danymi niemieckich banków zbieranymi przez Bank Federalny (Bundesbank). Zdaniem Niemiec nie zmienia to zasadniczej oceny, że zyski z kapitału własnego LBB mieściły się w średnich zyskach z kapitału własnego dla całej branży.
- (57) Zdaniem Niemiec wszystkie dane liczbowe potwierdzają, że w momencie wniesienia środków LBB był przedsiębiorstwem dochodowym. Kraj związkowy Berlin był jedynym właścicielem kapitału i tylko on korzystał z zysków banku, czy to w formie wypłaconej dywidendy, czy też wzrostu wartości. Tak więc kraj związkowy nie musiał dzielić się oczekiwanym wzrostem zysku z kapitału z innymi udziałowcami, a to przeniesienie, które praktycznie miało miejsce „wewnątrz koncernu” było rozsądne z punktu widzenia inwestora rynkowego. W związku z tym pytanie, czy LBB zapłacił wynagrodzenie za wniesione środki i w jakiej wysokości, nie ma znaczenia dla ekonomiczności przeniesienia.
- (58) Ten sposób oceny Komisja wyraźnie zastosowała w decyzji 2000/392/WE. „Sposobem na zapewnienie odpowiedniego zysku z udostępnionego kapitału byłoby adekwatne podwyższenie udziału kraju związkowego w banku WestLB, jeśli całkowita rentowność banku odpowiada normalnemu zyskowi z inwestycji, którego oczekiwalby inwestor rynkowy. W ten sposób wyjaśnienie pytania, czy

⁽¹⁵⁾ Patrz przypis 2, pkt. 162.

⁽¹⁶⁾ Rachunki zysków i strat opublikowane w katalogu przedsiębiorstw firmy Hoppenstedt; wśród 35 wybranych banków znajdują się 4 prywatne duże banki, 5 innych prywatnych banków, 17 instytucji publiczno-prawnych, 2 banki spółdzielcze i 7 banków hipotecznych.

wynagrodzenie w wysokości 0,6 % jest odpowiednie, stałoby się niepotrzebne, jednakże kraj związkowy nie zdecydował się na taką procedurę⁽¹⁷⁾.”

- (59) W tym kontekście Niemcy wyjaśniły ponadto, że wzrost wartości LBB dzięki majątkowi WBK po wniesieniu LBB do BGB przypadł krajowi związkowemu. Przeniesienie 100 % ekonomicznej własności banku LBB do BGB, które miało miejsce w trzech etapach w latach 1994 i 1998, przeprowadzono na podstawie ekspertyz różnych biegłych rewidentów oraz jednego banku inwestycyjnego (Investment Bank), które dotyczyły możliwości utrzymania wartości wniesionego cichego udziału kraju związkowego w LBB oraz zgodności z rynkowym świadczenia zwrotnego – przeniesionych akcji BGB, również w stosunku do innych akcjonariuszy. Niemcy przekazały odpowiednie fragmenty ekspertyz oraz odnośną korespondencję z biegłymi rewidentami. Wartość LBB w 1993 r. wyceniono na około 3,5 mld DEM (bez IBB, ale z uwzględnieniem współczynnika kapitału podstawowego LBB zwiększonego dzięki kapitałowi celowemu), a jeden z ekspertów wycenił tę wartość na dzień 31 grudnia 1997 r. na prawie 6 mld DEM.
- (60) Ponadto Niemcy – pomocniczo – prezentowały stanowisko, że metodyka zastosowana w decyzji 2000/392/WE jest niewłaściwa, ponieważ zakłada ona porównywalność z płynnymi, zwykłymi inwestycjami w kapitał zakładowy. To podejście nie uwzględnia szczególnych cech omawianej transakcji. Właściwe byłoby przyjęcie już dla wartości wyjściowej porównywalnych instrumentów kapitału własnego. To może być wprawdzie trudne, co Komisja zauważyła już w przypadku WestLB; trudności tych nie można jednak przezwyciężyć, wybierając zupełnie nieodpowiedni instrument kapitału własnego w celu quasi „obejścia” problemu.
- (61) Poza tym wybór średniego zysku z kapitału na wielkość porównywalną jest niewłaściwy. Prywatny inwestor nie zaakceptowałby dopiero zysku z kapitału poniżej przedziału, w oparciu o który inwestorzy podejmują decyzję. Wreszcie potrącenie tylko kosztów refinansowania netto zamiast pełnych kosztów refinansowania jest niewłaściwe. Ewentualne oszczędności podatkowe przedsiębiorstwa nie mają znaczenia z punktu widzenia inwestora. Kontrolne rozważenie innego aspektu również pokazuje, że nie można się zgodzić z tym podejściem, ponieważ w przypadku udostępnienia kapitału nieposiadającego płynności inwestor nadal może korzystać z jego funkcji generowania przychodów, które może ponownie zainwestować i otrzymać przynajmniej procenty z bezpiecznej inwestycji, a więc jego przychody podwajałyby się.
- (62) Niemcy stały na stanowisku, że w związku z upłynięciem terminu (art. 15 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 659/1999) Komisja nie posiada uprawnień do windykacji ewentualnej pomocy. Zasadniczą uchwałę o przeniesieniu WBK podjęto już 16 czerwca 1992 r., a więc więcej niż dziesięć lat przed podjęciem decyzji o wszczęciu procedury, którą

dostarczono 4 lipca 2002 r. Przy tym chodziło o zasadniczy zamiar połączenia udziałów bankowych kraju związkowego i WBK w jednym holdingu (późniejszy BGB), jeżeli zapewniałoby to kontynuację działalności wspierającej WBK, wykonywanie zadań publicznych oraz zwolnienie podatkowe. Uchwała ta była od razu powszechnie znana, a Komisję poinformowano o dacie uchwały w 1999 r.

- (63) Komisja w swoich decyzjach już wielokrotnie uznawała oświadczenie woli odpowiedniej korporacji – nawet jeśli warunkowo – za moment udostępnienia pomocy. Taką ocenę Komisja zaprezentowała w decyzji dotyczącej pomocy na ratowanie udzielonej BGB⁽¹⁸⁾, chociaż przedmiotowa uchwała z dnia 22 maja 2002 r. wymagała jeszcze zatwierdzenia przez parlament kraju związkowego Berlin (Abgeordnetenhaus) oraz przez Komisję.
- (64) Ponadto Niemcy uważają, że okres nie został przerwany zgodnie z art. 15 ust. 2 zdanie 2 rozporządzenia (WE) nr 659/1999. Zgodnie z tym przepisem okres może być przerwany tylko przez działanie podjęte przez Komisję. Działaniem takim było dopiero pismo z dnia 4 lipca 2002 r. informujące o wszczęciu postępowania, a nie zwykle wnioski o udzielenie informacji, które nie są działaniami Komisji lub upoważnionego członka Komisji. Należy także uwzględnić, że okres przedawnienia służy pewności prawnej, i to nie tylko pewności prawnej w relacji Komisja – Państwa Członkowskie, ale także pewności prawnej beneficjenta pomocy. Ponieważ Niemcy zostały poproszone o przekazanie kopii pisma beneficjentowi pomocy po raz pierwszy w decyzji o wszczęciu postępowania, co nastąpiło 9 lipca 2002 r., przerwanie okresu przedawnienia mogło mieć miejsce dopiero tego dnia. Ponieważ przedmiotowym środkiem, w odniesieniu do którego należy zbadać, czy nie stanowi pomocy, jest uchwała z dnia 16 czerwca 1992 r., stanowi on, jeśli zostanie uznany za pomoc, istniejącą pomoc w rozumieniu art. 15 ust. 3 rozporządzenia (WE) nr 659/1999.

V. UWAGI ZAINTERESOWANYCH STRON

- (65) Po opublikowaniu informacji o wszczęciu procedury dochodzenia w Dzienniku Urzędowym⁽¹⁹⁾ Komisja otrzymała w październiku i listopadzie uwagi Berliner Volksbank („BV”) oraz uwagi Federalnego Zrzeszenia Banków Niemieckich (Bundesverbandes deutscher Banken – zwanego dalej „BdB”).
- (66) BV był zdania, że przeniesienie WBK stanowi pomoc, ponieważ kapitał został udostępniony na warunkach, których nie zaakceptowałby inwestor rynkowy. LBB płacił wynagrodzenie IBB, który z kolei jest działem LBB; przy tym ustalona stopa 0,25 % była znacznie niższa niż standardowe stopy rynkowe, o czym świadczą decyzje 2000/392/WE (WestLB) oraz 95/547/WE⁽²⁰⁾ oraz 98/490/WE⁽²¹⁾ (Crédit Lyonnais), które zakładały oczekiwany zysk z kapitału własnego w wysokości co najmniej 12 %. Pomoc

⁽¹⁸⁾ NN 53/2001; decyzja Komisji z 25 lipca 2001 r.

⁽¹⁹⁾ Patrz przypis 1.

⁽²⁰⁾ Dz.U. L 308 z 21.12.1995, str. 92.

⁽²¹⁾ Dz.U. L 221 z 8.8.1998, str. 28.

⁽¹⁷⁾ Patrz przypis 2, pkt 182.

ta prowadzi do znacznego zakłócenia konkurencji na terenie Wspólnoty, przede wszystkim wpływa niezwykle silnie na konkurencję w Berlinie, gdzie BGB wraz z LBB jest liderem na rynku klientów indywidualnych i firmowych (obok Berliner Bank i Berliner Sparkasse). BV jest małym konkurentem z udziałem w rynku 5-7 % i dlatego też silnie odczuwa negatywne skutki pomocy. Uwagi kończą się prośbą skierowaną do Komisji o nakazanie windykacji pomocy.

(67) BdB oświadczyło najpierw, że wspomniana procedura jest częścią kompleksowego badania Komisji, a mianowicie przeniesień instytucji wspierających budownictwo mieszkaniowe krajów związkowych do banków krajów związkowych, które prowadzą również działalność komercyjną. Przy tym także w przypadku LBB, wbrew twierdzeniu Niemiec, decydujące były zaostrzone wymagania w stosunku do kapitału własnego w związku z dyrektywą dotyczącą współczynnika wypłacalności. Za taką motywacją przemawia termin przeniesienia oraz wypowiedzi wtedy odpowiedzialnego senatora, który również zwrócił uwagę na oczekiwane wówczas wprowadzenie zaostrzonych europejskich przepisów dotyczących kapitału własnego. Pod tym względem w świetle przepisów dotyczących pomocy nie ma żadnej istotnej różnicy między ocenianym tutaj przeniesieniem WBK do LBB a przeniesieniem WfA do WestLB, co oznacza, że można zastosować metodykę Komisji z decyzji 2000/392/WE.

(68) BdB zauważyło ponadto, że tutaj kwestią jest nie tylko kapitał celowy, ale przeniesienie kapitału WBK o wartości 187,5 mln DEM na poczet kapitału akcyjnego LBB, co jest wymierną korzyścią, ponieważ ma wpływ na rating i warunki pozyskania kapitału obcego. Znacznie większe znaczenie ma uznanie przez nadzór bankowy podwyższenia kapitału podstawowego wynikającego z przeniesienia. Ponieważ pomimo tego, że kapitał celowy w pierwszej kolejności był przeznaczony na zadania wspierające, można było wykorzystać go w całości jako kapitał obowiązkowy, przeznaczenie celowe nie ma znaczenia. Międzynarodowa jest korzyść z funkcji rozszerzenia działalności, zwłaszcza że kapitał podstawowy daje potężny efekt dźwigni (możliwość udzielenia kredytów w wysokości 12,5-krotności kapitału przy aktywach ważonych 100 % ryzykiem, jak np. kredyty udzielane przedsiębiorstwom; możliwość udzielenia kredytów w wysokości 25-krotności kapitału przy aktywach ważonych 50 % ryzykiem, jak np. kredyty udzielane instytucjom państwowym). Jeżeli pozyska się kapitał uzupełniający, to przy kapitale podstawowym w (hipotecyjnej) wysokości 1 mld EUR i 50 % wadze ryzyka można udzielić kredytów w wysokości nawet 50 mld EUR.

(69) W kwestii obliczenia wynagrodzenia rynkowego BdB wskazało na sprawdzoną metodę zastosowaną przez Komisję w decyzji 2000/392/WE oraz na odniesienie do rynkowego zysku z kapitału w wysokości 12 % oraz na następnie doliczone marże i odjęte potrącenia wynikające

ze szczególnego charakteru transakcji. W każdym razie za rynkowe nie można uznać wynagrodzenia w wysokości 0,25 % zapłaconego IBB ani sprzedaży cichych udziałów i cesji roszczeń do zysku na rzecz BGB w 1994 r. i w 1998 r.

(70) Po pierwsze wynagrodzenie tylko za wykorzystany kapitał nie jest odpowiednie, po drugie IBB należy do LBB, co znaczy, że LBB płacił praktycznie sam sobie, a nie krajowi związkowemu. Ponadto argument Niemiec, że za funkcję gwarancyjną kapitału celowego zapłacono odpowiednie wynagrodzenie w trakcie tworzenia nietypowego cichego udziału BGB w LBB w 1994 r., nie przekonuje, ponieważ brak jest istotnych danych wartościowych, a skupienie się wyłącznie na punkcie widzenia strony udzielającej pomocy jest zasadniczo niewłaściwe. Dla kwestii pomocy istotne jest przeniesienie WBK do LBB po upływie terminu 31 grudnia 1992 r., związane z tym korzyści LBB i wynikające z tego zakłócenie konkurencji, a nie to, czy post factum za pomoc zapłacono. Ponadto w przypadku wniesienia LBB do BGB mamy do czynienia tylko z procesem, który miał miejsce wewnątrz koncernu, ponieważ kraj związkowy jest również udziałowcem większościowym BGB. Podobnie ma się kwestia cesji roszczeń do zysku na BGB w odniesieniu do pozostałych 24,99 % udziałów w 1998 r. W żadnym razie nie można powiedzieć, że do 1998 r. nastąpiło pełne zniesienie pomocy.

(71) W późniejszym terminie, znacznie później niż termin przewidziany do przedstawienia uwag przez zainteresowane strony w rozporządzeniu (WE) nr 659/1999, BdB uzupełniło ten punkt i twierdziło przede wszystkim, że wartość sprzedaży LBB lub cichego udziału w LBB, ustalona przy utworzeniu BGB, nie obejmowała IBB, toteż zdaniem BdB jest raczej wykluczone, aby wartość sprzedaży cichego udziału w LBB obejmowała funkcję gwarancyjną kapitału celowego IBB.

(72) W odniesieniu do dziesięcioletniego okresu przedawnienia kompetencji w zakresie windykacji zgodnie z art. 15 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 659/1999 BdB stwierdziło, że rozpoczęł on bieg dopiero z chwilą uchwalenia Ustawy w sprawie utworzenia IBB po upływie terminu 31 grudnia 1992 r., a więc kończy się najwcześniej w dniu 31 grudnia 2002 r. Poza tym okres przedawnienia został przerwany działaniami Komisji zgodnie z art. 15 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 659/1999. Przepis ten ma szerokie znaczenie i obejmuje każde działanie Komisji podjęte w ramach postępowania, jak np. nakaz udzielenia informacji. Punkt oparcia dla dalszej interpretacji tego przepisu daje rozporządzenie Rady (EWG) nr 2988/74 z dnia 26 listopada 1974 r. dotyczące okresów przedawnień w postępowaniach i wykonywaniu sankcji zgodnie z regułami Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej dotyczącymi transportu i konkurencji⁽²²⁾, zgodnie z którym przerwanie okresu przedawnienia powoduje „czynność podjęta w celu wstępnego

⁽²²⁾ Dz.U. L 319 z 29.11.1974, str. 1. Rozporządzenie zmienione przez rozporządzenie (WE) nr 1/2003 (Dz.U. L 1 z 4.1.2003, str. 1).

badania lub postępowania odnośnie do naruszenia". Poza tym Niemcy same poprosiły Komisję, aby zaczekała do rozstrzygnięcia spornych kwestii w przypadku WestLB, a więc choćby z tego powodu nie mogą się powoływać na przedawnienie.

VI. REAKCJA NIEMIEC NA UWAGI ZAINTERESOWANYCH STRON

- (73) W stanowisku z dnia 16 grudnia 2002 r. Niemcy wskazały zasadniczo na własne uwagi odnośnie do decyzji o wszczęciu procedury, że niniejszy przypadek nie stanowi pomocy. Poza tym ograniczyły się do łącznego skomentowania poszczególnych punktów obu przekazanych uwag.
- (74) W odniesieniu do tego, że BV i BdB uznały transfer WBK za pomoc, Niemcy oświadczyły, że uwzględnienie tylko i wyłącznie miesięcznego wynagrodzenia jest niewystarczające do analizy. Bardziej istotne są powołane wielkości, jak na przykład – w zależności od wielkości dokapitalizowania – oprocentowanie (pożyczki) z zabezpieczeniem włącznie, dywidenda lub przyrost kapitału. W momencie wniesienia w 1992/1993 r. LBB był instytucją dochodową, tak więc wniesienie majątku WBK do obowiązkowego kapitału własnego LBB było ekonomicznie sensownym posunięciem. Dlatego WestLB i LBB – przeciwnie do twierdzenia BdB i BV – nie są w żadnym razie porównywalne. Niezależnie od tego, w związku z (wtedy) toczącym się postępowaniem sądowym w sprawie WestLB, chybione jest odwoływanie się do zastosowanej tam metody jako do metody sprawdzonej, jak uczyniło to BdB.
- (75) Inaczej niż twierdzi BdB, nie jest kwestią sporną i wspomniano o tym również w decyzji o wszczęciu procedury, że przeniesienie WBK skutkowało, obok wykorzystania funkcji gwarancyjnej kapitału celowego przez LBB, podwyższeniem kapitału własnego LBB wykazywanego w bilansie o 187,5 mln DEM i że został on również uznany przez nadzór bankowy za obowiązkowy kapitał własny. Inaczej niż w przypadku WestLB tutaj nie powstaje problem, w jakim zakresie kapitał własny wykazywany w bilansie można uznać za wymierną korzyść, ponieważ nie trzeba rozróżniać między częściami kapitału uznanymi i nieuznanymi przez nadzór bankowy. Podwyższenie bilansowego kapitału własnego oraz przeniesionych kapitałów zapasowych nie stanowi pomocy (patrz pkt 40 do 64).
- (76) Poza tym błędne jest założenie, zgodnie z którym kapitał podstawowy w hipotetycznej wysokości 1 mld EUR pozwala na udzielenie kredytów w wysokości 50 mld EUR. Jest wprawdzie kwestią bezsporną, że kapitał celowy IBB w związku z uznaniem go przez nadzór bankowy spełnia funkcję gwarancyjną i rozszerzenia działalności, jednak korzyść ta ogranicza się do rzeczywistego wykorzystania przez LBB. Zasadniczo brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia podanego efektu dźwigni 1:50.
- (77) Stosując zasadę inwestora rynkowego, należałoby odwołać się do inwestora znajdującego się w porównywalnej sytuacji. W omawianym przypadku kraj związkowy jako inwestor zdecydował, że płynność kapitału celowego w całości będzie służyć aktualnej działalności IBB, a LBB nie może korzystać z funkcji finansującej tego kapitału. Kraj związkowy wypracowywał tym kapitałem własne zyski (patrz pkt 40 do 64). Ponadto fundusz celowy IBB nadal znajduje się w wyłącznej dyspozycji kraju związkowego, również po wniesieniu LBB do BGB. Dlatego nieprawdziwe jest twierdzenie, że LBB, płacąc wynagrodzenie dla IBB, płacił je sam sobie. Cesja roszczeń do zysku na osoby trzecie jest dla inwestora rynkowego zwykłą procedurą, zwłaszcza jeśli tą osobą trzecią jest inwestor będący jedynym właścicielem przedsiębiorstwa lub masy majątkowej.
- (78) Wreszcie w odniesieniu do uwag banku BV oraz przeprowadzonego przez ten bank porównania udziałów w rynku banków BV i BGB stwierdzono, że BV ma silniejszą pozycję na rynku berlińskim niż sam to przedstawia. Jest on drugą co do wielkości instytucją kredytową, a jego udziały w rynku wynoszą 60-70 % odpowiednich wartości BGB, i nawet depozyty klientów indywidualnych osiągają poziom 1/3 udziałów rynkowych BGB.

VII. POROZUMIENIE POMIĘDZY BDB, KRAJEM ZWIĄZKOWYM BERLIN ORAZ LBB

- (79) Dnia 7 października 2004 r. Niemcy poinformowały Komisję o wynikach porozumienia między głównym skarżącym BdB, krajem związkowym Berlin i LBB. Niezależnie od nadal istniejących zasadniczych różnic w prezentowanych stanowiskach prawnych strony porozumienia uzgodniły, co uznają za właściwe parametry pozwalające na określenie odpowiedniego wynagrodzenia za majątek WBK. Strony zwróciły się do Komisji z prośbą o uwzględnienie wyników porozumienia przy podejmowaniu przez nią decyzji.
- (80) Korzystając z metody, która w szczególności jest opisana w decyzji 2000/392/WE, strony określiły najpierw odpowiednie wynagrodzenie minimalne za kapitał celowy WBK w wysokości 10,19 %. Ponieważ kraj związkowy Berlin był jedynym udziałowcem, nie uzgodniono dodatkowej marży, jak na przykład za brak praw do głosu. Wreszcie ustalono potrącenie w wysokości 3,62 % za brak płynności kapitału (na podstawie stopy procentowej bezpiecznych papierów wartościowych jako kosztów refinansowania brutto, z których 50 % stanowią podatki od osób prawnych oraz podatek solidarnościowy, w celu obliczenia kosztów refinansowania netto). Wynikiem jest odpowiednie wynagrodzenie w wysokości 6,57 %.

(81) Porozumienie nie wspomina nic o wynagrodzeniu za tę część majątku WBK, której LBB nie mógł wykorzystać na działalność komercyjną.

(82) W odniesieniu do kapitału akcyjnego IBB o wartości 187,5 mln DEM wniesionego do kapitału akcyjnego LBB nie dokonano potrącenia za koszty refinansowania, ponieważ w tym przypadku mamy do czynienia ze środkami płynnymi. Ponieważ kapitał akcyjny przeniesiono

do BGB w dwóch etapach, w 1994 r. i w 1998 r., strony zgodziły się, że wynagrodzenie za kapitał akcyjny należy zapłacić tylko do tych dwóch dat, każdorazowo proporcjonalnie do jego wartości.

- (83) Strony nie doszły do porozumienia, czy należy policzyć ewentualny wzrost wartości w wyniku wniesienia LBB. Zdaniem banku kraju związkowego wzrost wartości nastąpił dzięki sprzedaży LBB w 1994 r. i w 1998 r.

VIII. OCENA DZIAŁANIA

1. PRZEDAWNIENIE

- (84) W odniesieniu do możliwego przedawnienia kompetencji w zakresie windykacji Niemcy uznały uchwałę berlińskiego Senatu w sprawie utworzenia holdingu banków berlińskich z dnia 16 czerwca 1992 r. za miarodajny termin. W tej uchwale, którą przedłożono Komisji, postanowiono jednak tylko o „przeprowadzeniu restrukturyzacji udziałów bankowych kraju związkowego Berlin”. Przy tym „przewiduje się utworzenie Berliner Banken-Holding AG (Holding Banków Berlińskich), w którym znajdują się Landesbank Berlin – Girozentrale, Berliner Bank AG i ... Berliner Pfandbrief-Bank”. Uchwała ta nie stanowi o przeniesieniu aktywów.

- (85) Omawiany środek, tzn. przeniesienie majątku WBK do LBB wszedł w życie dopiero po upływie terminu 31 grudnia 1992 r. Efekt ekonomiczny środka, tzn. podwyższenie kapitału własnego LBB oraz wynikające z tego większe możliwości udzielania kredytów, wystąpił dopiero dnia 1 stycznia 1993 r. W niniejszym przypadku pomoc nie została udzielona przed tą datą.

- (86) Nawet jeśli za termin przyznania środka pomocy należałoby uznać miesiąc przed datą przeniesienia, tzn. na dzień 16 czerwca 1992 r., nie można mówić o przedawnieniu kompetencji Komisji w zakresie windykacji zgodnie z art. 15 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 659/1999, jak twierdzą Niemcy. Niemcy są zdania, że dopiero decyzja o wszczęciu postępowania z dnia 4 lipca 2002 r. stanowi działanie Komisji przerywające okres przedawnienia, m.in., również dlatego, że Niemcy dopiero w tej decyzji zostały poproszone o przekazanie kopii tego pisma beneficjentowi pomocy.

- (87) Należy zaprzeczyć temu twierdzeniu. Art. 15 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 658/1999 odnosi się do „jakiegokolwiek działania” Komisji, a nie do formalnego wszczęcia procedury. W niniejszym przypadku różne działania Komisji, szczególnie różne wnioski o udzielenie informacji dotyczące LBB, a już na pewno wniosek o udzielenie informacji z września 1999 r., były wystarczające do przerwania okresu przedawnienia. Przy tym nie jest konieczne, aby LBB wiedział o działaniach Komisji. W wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawie T-366/00 (*Département du Loiret przeciwko Komisji*)⁽²³⁾ Sąd Pierwszej Instancji stwierdził, że fakt, iż Państwo Cłonne nie poinformowało beneficjenta pomocy o wnioskach Komisji o udzielenie informacji, nie odbiera im

skuteczności prawnej w stosunku do beneficjenta pomocy. Komisja nie ma obowiązku informowania potencjalnych zainteresowanych stron z beneficjentem pomocy wyłącznie o działaniach, które podejmuje w stosunku do bezprawnie przyznanej pomocy przed wszczęciem procedury. Sąd doszedł w związku z tym do wniosku, że wspomniany wniosek o udzielenie informacji jest działaniem w rozumieniu art. 15 rozporządzenia (WE) nr 659/1999 przerywającym bieg okresu przedawnienia, nawet jeśli beneficjent pomocy w tamtym czasie nie wiedział o wymianie korespondencji⁽²⁴⁾. Oprócz tego wydaje się mało prawdopodobne, że LBB nie wiedział o wnioskach Komisji o udzielenie informacji, jako że Niemcy w 1999 r. odpowiadały na te wnioski.

- (88) Podsumowując, należy stwierdzić, że w niniejszym przypadku Komisja posiada kompetencje w zakresie windykacji pomocy.

2. POMOC PAŃSTWA W ROZUMIENIU ART. 87 UST. 1 TRAKTATU WE

- (89) Zgodnie z art. 87 ust. 1 Traktatu WE, z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w Traktacie, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna ze wspólnym rynkiem w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.

2.a ZASOBY PAŃSTWOWE

- (90) Kraj związkowy Berlin zdecydował się na przeniesienie, aby podwyższyć kapitał LBB w drodze wniesienia WBK/IBB wykonujących zadania publiczne, a kraj związkowy Berlin był ich poręczycielem państwowym i właścicielem. W związku z tym wniesieniem obowiązkowy kapitał własny LBB, uznany przez nadzór bankowy pismem z dnia 24 lutego 1993 r., został podwyższony o 1,9 mld DEM. Z tego 187,5 mln DEM przypadało na podwyższenie kapitału akcyjnego LBB przez kapitał akcyjny byłej WBK⁽²⁵⁾, a dokładnie 1,715 mln DEM na kapitał zapasowy z zysku WBK (bez zysku netto za 1992 r. w wysokości prawie 200 mln DEM), który był od tej chwili wykazywany jako kapitał celowy IBB i stale wzrastał.

- (91) W związku z przeniesieniem około 1,9 mld DEM i uznaniem przez nadzór bankowy za kapitał podstawowy znacznie wzrosły możliwości LBB udzielania kredytów, a co za tym idzie możliwości rozszerzenia działalności. W przypadku 100 %-towej wagi ryzyka dla wszystkich należności (np. kredyty dla sektora niefinansowego) i bez pozyskiwania dodatkowych środków uzupełniających potencjał rozszerzenia działalności wynosi teoretycznie 12,5-krotność dodatkowo otrzymanego obowiązkowego kapitału własnego (tutaj prawie 24 mld DEM). Nie można dokładnie określić, jaka jest rzeczywista wysokość tego potencjału w poszczególnych

⁽²⁴⁾ Tamże, pkt. 60.

⁽²⁵⁾ Od tej chwili kwota ta nie zalicza się do majątku IBB.

⁽²³⁾ Zb. Orz. 2003, str. II-1789.

przypadkach, ponieważ zależy to od struktury klientów, planów strategicznych i czynników zewnętrznych, których nie można przewidzieć. To, czy w ogóle i w jaki sposób dokładnie instytucja kredytowa wykorzystuje nowe środki własne, nie jest jednak istotne dla badania tej transakcji.

- (92) Niezależnie od tego, że IBB nadal wykorzystywał część środków do pokrycia działalności wspierającej, środki te zostały uznane przez nadzór bankowy i mogły być przeznaczone na cele gwarancyjne banku LBB konkurującego z innymi instytucjami kredytowymi. Nie ulega zatem wątpliwości, że LBB otrzymał zasoby państwowe pozwalające mu na uzyskanie korzyści gospodarczej w stosunku do swoich konkurentów, zakładając że środki te nie zostały udostępnione na zasadach rynkowych.

2.b SPRZYJANIE OKREŚLONEMU PRZEDSIĘBIORSTWU

- (93) Badając, czy udostępnienie zasobów państwowych przedsiębiorstwu publicznemu oznacza sprzyjanie mu oraz czy stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ustęp 1 Traktatu WE, Komisja stosuje zasadę „inwestora rynkowego”. Sąd Pierwszej Instancji zaakceptował i rozwinął tę zasadę w szeregu spraw, a ostatnio w wyroku z dnia 6 marca 2003 r., który dotyczył podobnego przeniesienia do WestLB⁽²⁶⁾.

(1) Zasada inwestora rynkowego

- (94) Zgodnie z zasadą inwestora rynkowego nie stanowi sprzyjania określonym przedsiębiorstwom udostępnienie im zasobów kapitałowych na warunkach, „na których inwestor prywatny, działający w normalnych warunkach rynkowych, byłby skłonny udostępnić te środki przedsiębiorstwu prywatnemu”⁽²⁷⁾. Natomiast ze sprzyjaniem w rozumieniu art. 87 ustęp 1 Traktatu WE mamy do czynienia, jeżeli uzgodnione wynagrodzenie i/lub stan finansów przedsiębiorstwa nie pozwalają oczekiwać normalnego zysku z kapitału w odpowiednim terminie.

(2) Artykuł 295 Traktatu WE

- (95) Zgodnie z art. 295 Traktatu WE zasady prawa własności obowiązujące w poszczególnych Państwach Członkowskich pozostają bez zmian. Nie usprawiedliwia to jednakże naruszania reguł konkurencji określonych w Traktacie.
- (96) Niemcy uzasadniały, że w związku z przeznaczeniem celowym majątku WBK przeniesionych środków nie można było spożytkować w inny, bardziej rentowny sposób niż poprzez wniesienie do podobnej instytucji publicznej.

⁽²⁶⁾ Patrz przypis 3.

⁽²⁷⁾ Komunikat Komisji do Państw Członkowskich: Stosowanie art. 92 i 93 Traktatu WE oraz art. 5 dyrektywy Komisji 80/723/EWG w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między Państwami Członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, Dz.U. C 307 z 13.11.1993, str. 3, patrz pkt. 11. W niniejszym komunikacie chodzi wprawdzie wyraźnie o przemysł przetwórczy, jednakże zasada ma zastosowanie niewątpliwie także do wszystkich pozostałych branż gospodarczych. Jeśli chodzi o usługi finansowe, Komisja podkreśliła powyższe kilkoma decyzjami, m. in. w sprawie *Crédit Lyonnais* (Dz. U. L 221 z 8.8.1998, str. 28) i *GAN* (Dz.U. L 78 z 16.3.1998, str. 1).

Dlatego też przeniesienie stanowiło najbardziej sensowne, komercyjne zaangażowanie majątku. Stąd każde wynagrodzenie za wniesienie, tzn. każdy dodatkowy zysk z kapitału WBK, byłby wystarczający, aby uzasadnić przeniesienie z punktu widzenia zasady „inwestora rynkowego”.

- (97) Powyższej argumentacji nie można przyjąć. Możliwe, że wniesienie WBK do LBB oraz wynikająca z tego dla LBB możliwość wykorzystania części kapitału WBK na pokrycie działalności komercyjnej, była ekonomicznie najbardziej sensownym wykorzystaniem kapitału. Jeżeli jednak pieniądze publiczne oraz inne aktywa zostaną użyte na działalność komercyjną, mającą na celu sprostanie konkurencji, należy stosować do nich reguły rynkowe. Oznacza to, że jeżeli państwo zdecyduje o wykorzystaniu majątku przeznaczonego na cele publiczne (także) na cele komercyjne, powinno ono wymagać wynagrodzenia, które odpowiada wynagrodzeniu rynkowemu.

(3) Struktura własnościowa

- (98) Zasadniczą kwestią tego badania jest, czy inwestor prywatny działający w normalnych warunkach gospodarki rynkowej o podobnej wielkości jak organy administracyjne sektora publicznego w odpowiednich okolicznościach zdecydowałby się na omawiane dokapitalizowanie, jak stwierdził to Sąd Pierwszej Instancji w wyroku *WestLB*, odsyłając do dotychczasowego orzecznictwa⁽²⁸⁾. Wreszcie, jak wyjaśnił Sąd, odsyłając ponownie do innych wyroków, „należy porównać zachowanie inwestora publicznego z prywatnym pod kątem zachowania inwestora prywatnego w stosunku do omawianej transakcji wobec informacji dostępnych w tamtym momencie i przewidywanego rozwoju sytuacji”⁽²⁹⁾. To pokazuje, że dla badania istotny jest moment inwestycji oraz rozsądne oczekiwania inwestora, tzn. wynikające z dostępnych w tamtym momencie informacji. Dotyczą one przede wszystkim prawdopodobnego zysku z kapitału.

- (99) Kraj związkowy Berlin był jedynym udziałowcem LBB (oraz WBK). Nawet jeśli ten czynnik umożliwiałby zrezygnowanie z wyłącznego postrzegania stałego wynagrodzenia jako średnio 0,25 % od części kapitału celowego wykorzystanego przez LBB od grudnia 1995 r., nie można niskiego, bezpośredniego wynagrodzenia motywować tym, że kraj związkowy był jedynym właścicielem.

- (100) Powoływanie się na to, że kraj związkowy był jedynym właścicielem, zakładałoby istnienie wystarczającego biznesplanu, ekspertyzy dotyczącej wartości lub wyceny oczekiwanego zysku z kwestionowanej inwestycji. Nie istniały one w tamtym czasie. Komisja nie dysponuje więc żadnymi wskazówkami pozwalającymi na sprawdzenie twierdzeń kraju związkowego.

⁽²⁸⁾ Patrz przypis 3, pkt 245.

⁽²⁹⁾ Patrz przypis 3, pkt 246.

(101) Komisja uważa w związku z tym, że w omawianym przypadku odpowiednie wynagrodzenie należy ustalić na podstawie bezpośredniego, rynkowego wynagrodzenia.

(4) Wynagrodzenie i składniki wynagrodzenia

Baza kapitałowa do obliczenia wynagrodzenia

(102) Zgodnie z podejściem z decyzji 2000/392/WE, które potwierdził również Sąd Pierwszej Instancji, wynagrodzenie należy zapłacić za całą wartość przeniesionego majątku. Ponieważ BAKred uznał środki w pełnej wysokości niezwłocznie za kapitał podstawowy, bank LBB mógł z nich korzystać od dnia 1 stycznia 1993 r. na zabezpieczenie działalności, z wyjątkiem kwot przeznaczonych rocznie na działalność wspierającą. Od corocznie wzrastających kwot należy jednak odjąć jeszcze kapitał potrzebny na zabezpieczenie działalności wspierającej, z którego nie mógł korzystać LBB.

(103) Majątki celowe WKB/IBB oraz kapitał każdorazowo potrzebny na działalność wspierającą IBB od 1993 r. wykazywały zmienną, względnie stale wzrastającą wartość. Wartości te znajdują się w tabeli w pkt 142.

(104) Kapitał akcyjny WBK/IBB w wysokości 187,5 mln DEM wniesiony do kapitału akcyjnego banku LBB był kapitałem płynnym. W 1994 r. 75,01 % udziałów LBB sprzedano BGB, w 1998 r. pozostałe 24,99 % udziałów sprzedano również BGB za cenę 1,5 mld DEM. W ten sposób kapitał akcyjny od 1998 r. należał do BGB.

(105) Istnieją trzy podstawy dla obliczenia wynagrodzenia: po pierwsze płynny kapitał w wysokości 187,5 mln DEM za rok 1993 oraz za lata 1994 do 1997 r. w wysokości 46,9 mln DEM (odpowiednio 24,99 % udziałów); po drugie kapitał celowy i po trzecie środki potrzebne na działalność wspierającą. Ponieważ za dwa pierwsze instrumenty należy przyjąć taki sam minimalny zysk z kapitału, można je rozpatrywać wspólnie.

Odpowiednie wynagrodzenie za kapitał akcyjny i kapitał celowy

(106) Za inwestycje finansowe o różnej jakości ekonomicznej wymaga się różnych zysków z kapitału. Badając, czy inwestycję zaakceptowałby inwestor rynkowy, należy wziąć pod uwagę szczególnie charakter ekonomiczny kwestionowanego działania kapitałowego oraz wartość kapitału udostępnionego LBB.

Porównanie z innymi instrumentami kapitału własnego

(107) Przy obliczaniu odpowiedniego wynagrodzenia istotną kwestią jest to, z jakimi innymi instrumentami kapitału własnego można porównać wniesione środki WBK, ponieważ za różne instrumenty oferuje się na rynku różne wynagrodzenie. Dla celów porozumienia BdB kraj

związkowy i LBB założyły porównywalność z inwestycją w kapitał zakładowy.

(108) Komisja jest również zdania, że wniesione środki WBK najlepiej porównać z inwestycją w kapitał zakładowy. To porównanie można bez wątplenia założyć dla kapitału akcyjnego i nie wymaga ono dalszych wyjaśnień. Poza tym dotyczy ono też kapitału celowego, który również został uznany przez BAKred za kapitał podstawowy.

(109) W tym kontekście należy najpierw podkreślić, że relatywnie szeroka oferta innowacyjnych instrumentów kapitału własnego, z których mogą korzystać instytucje kredytowe w wielu krajach, nie była jeszcze dostępna w Niemczech w 1993 r., kiedy zadecydowano o przeniesieniu WBK do LBB. Niektóre z tych instrumentów dopiero się rozwinęły, inne istniały już, ale nie były znane w Niemczech. Tak więc porównanie kapitału celowego z takimi innowacyjnymi instrumentami, które przeważnie rozwinęły się w późniejszym czasie i częściowo są dostępne tylko w innych krajach, byłoby nieprzekonujące.

(110) Komisja jest również zdania, że porównanie z cichymi udziałami jest niewłaściwe do obliczenia odpowiedniego wynagrodzenia za kapitał celowy uznany za kapitał podstawowy. Ważnym aspektem jest dla Komisji fakt, że wniesienie majątku nie nastąpiło w formie cichego udziału, lecz w wyniku utworzenia kapitału celowego. Również BAKred uznał wniesiony kapitał za kapitał celowy, a nie cichy udział zgodnie z § 10 (Prawo bankowe) KWG. To, że niemiecki nadzór bankowy uznał wniesiony kapitał za kapitał celowy, przemawia za tym, że udostępniony kapitał należy raczej porównać z kapitałem zakładowym niż z cichym udziałem.

(111) Ryzyko, że wniesiony kapitał w przypadku niewypłacalności lub likwidacji zostanie przynajmniej częściowo utracony, nie jest mniejsze niż ryzyko w przypadku inwestycji w kapitał zakładowy, ponieważ majątek WBK stanowi znaczną część kapitału własnego LBB, a LBB przez te lata w znacznym stopniu pokrył udostępniony majątek ryzykownymi aktywami.

Koszty płynności kapitału celowego

(112) „Normalne” wniesienie kapitału przysparza bankowi zarówno płynności, jak środków własnych koniecznych do rozszerzenia działalności w świetle przepisów nadzoru bankowego. Aby bank mógł w pełni wykorzystać kapitał, tzn. rozszerzyć aktywa ważone 100 %-towym ryzykiem o współczynnik 12,5 (100 podzielone przez współczynnik wypłacalności 8 %), musi się on refinansować na rynkach kapitałowych 11,5 razy. Mówiąc prościej, różnica 12,5 razy otrzymanych i 11,5 razy zapłaconych odsetek od tego kapitału minus inne koszty banku (np. koszty administracyjne) daje zysk z kapitału własnego⁽³⁰⁾.

⁽³⁰⁾ W rzeczywistości sytuacja jest dużo bardziej skomplikowana, np. z powodu pozycji pozabilansowych, różnych wag ryzyka dla aktywów oraz pozycji z ryzykiem zerowym. Sens argumentacji nie zostaje jednak naruszony.

- (113) Pomijając kapitał akcyjny w wysokości 187,5 mln DEM, przeniesienie aktywów WBK początkowo nie przysporzyło LBB płynności. Ponieważ na początku kapitał nie przysparzał płynności bankowi LBB, poniósł on dodatkowe koszty finansowania w wysokości kwoty kapitału, kiedy pozyskiwał konieczne środki na rynkach finansowych, aby w pełni wykorzystywać możliwości transakcyjne stworzone dzięki dodatkowemu kapitałowi własnemu, tzn. aby rozszerzyć aktywa ważne ryzykiem o 12,5-krotność kwoty kapitału (lub utrzymać aktywa w tej wysokości) ⁽³¹⁾.
- (114) Z powodu dodatkowych kosztów, które nie powstałyby przy wniesieniu kapitału własnego w innej formie, przy obliczaniu odpowiedniego wynagrodzenia konieczne jest uwzględnienie właściwego potrącenia. Inwestor rynkowy nie może oczekiwać, że otrzyma takie samo wynagrodzenie, jak za kapitał wniesiony w gotówce.
- (115) Komisja jest przy tym zdania, że w rachunku nie trzeba uwzględniać całej stopy refinansowania. Koszty refinansowania są kosztami działalności i zmniejszają przychód do opodatkowania. Wynik netto banku w obu przypadkach nie zmniejsza się o kwotę dodatkowo zapłaconych odsetek. Część kosztów jest rekompensowana niższym podatkiem od osób prawnych. Tylko koszty netto mogą być uznane za dodatkowe obciążenie banku LBB w związku ze szczególnym charakterem przeniesionego kapitału. Ogólnie Komisja przyznaje więc, że LBB ponosi dodatkowe „koszty płynności” w wysokości „kosztów refinansowania minus podatek płacony przez przedsiębiorstwa”.
- (116) Negocjując porozumienie, strony, podobnie jak w porozumieniu w sprawie Hamburgskiego Banku Krajowego, w którym przeniesienie odbyło się w tym samym czasie, ustaliły stopę długoterminowych bezpiecznych papierów wartościowych w wysokości 7,23 %. Ponadto strony porozumiały się co do zastosowania ryczałtowej stopy podatkowej w wysokości 50 % ⁽³²⁾. To daje stopę kosztów refinansowania netto w wysokości 3,62 %, a co za tym idzie odpowiednie potrącenie za brak płynności. Potrącenie to dotyczy tylko kapitału celowego.

Obliczenie oczekiwanego minimalnego wynagrodzenia za kapitał celowy oraz kapitał akcyjny

- (117) Inwestor rynkowy opiera swoje oczekiwania w stosunku do zysku z kapitału na historycznych danych dotyczących średniego zysku z kapitału, które także dają ogólne pojęcie o przyszłej wydajności przedsiębiorstwa, a w szczególności na analizie aktualnego modelu działania przedsiębiorstwa, strategii i jakości zarządzania oraz relatywnych prognozach danej branży. Jeżeli przedsiębiorstwo potrzebuje kapitału, musi przekonać ewentualnego inwestora, że jest ono w stanie długoterminowo wypracować zysk z kapitału przynajmniej na poziomie rynkowego zysku przedsiębiorstw porównywalnych pod względem ryzyka i profilu działalności. Jeżeli przedsiębiorstwo nie spełnia oczekiwań co do przynajmniej średniego zysku z kapitału, inwestor nie zdecyduje się na tę inwestycję i rozważy inne

przedsiębiorstwo, które przy takim samym ryzyku ma lepsze perspektywy.

- (118) Aby obliczyć odpowiednie najniższe wynagrodzenie, można użyć różnych metod. Począwszy od najróżniejszych wariantów stopy finansowania do metody wyceny aktywów kapitałowych (capital asset pricing models – zwanej dalej „CAPM”). Do przedstawienia różnych rozwiązań należy wyróżnić dwa składniki, zysk z bezpiecznych inwestycji oraz premię za ryzyko danego projektu: odpowiedni minimalny zysk z inwestycji obciążonej ryzykiem = podstawowa stopa procentowa bezpiecznych papierów wartościowych + premia za ryzyko inwestycji. Odpowiedni minimalny zysk z inwestycji obciążonej ryzykiem można również określić jako sumę stopy zysku z bezpiecznej inwestycji i dodatkowej premii za ryzyko w związku z przejściem ryzyka specyficznego dla danej inwestycji.
- (119) Podstawą obliczenia zysku z kapitału jest zawsze istnienie formy bezpiecznej inwestycji, dla której można założyć bezpieczny zysk z kapitału. Zwykle do obliczenia podstawowej stopy bezpiecznych papierów wartościowych przyjmuje się oczekiwany zysk z papierów wartościowych o stałym oprocentowaniu emitowanych przez państwo (względnie indeks bazujący na tych papierach wartościowych), ponieważ są to formy inwestycji o porównywalnie niskim ryzyku. Różnice między poszczególnymi metodami występują jednakże przy obliczeniu premii za ryzyko:

— Metoda finansowa: Zysk z kapitału własnego oczekiwany przez inwestora stanowi z punktu widzenia banku wykorzystującego kapitał przyszłe koszty finansowania. Przy tym podejściu określane są najpierw historyczne koszty kapitału własnego, które ponoszą banki porównywalne z opisywanym bankiem. Średnia arytmetyczna historycznych kosztów kapitału zostaje następnie zrównana z przyszłymi, oczekiwanymi kosztami kapitału własnego, i w ten sposób z zyskiem z kapitału oczekiwanym przez inwestora.

— Metoda finansowa ze skumulowanym rocznym wzrostem (compound annual growth rate): Centralnym punktem tej metody jest zastosowanie średniej wartości geometrycznej zamiast arytmetycznej (compound annual growth rate).

— Metoda wyceny aktywów kapitałowych (capital asset pricing model – CAPM): W nowoczesnych finansach metodą najbardziej znaną i najczęściej testowaną jest CAPM, przy pomocy tej metody można określić zysk z kapitału oczekiwany przez inwestora przy pomocy następującego wzoru: oczekiwany zysk z kapitału = stopa bezpiecznych papierów wartościowych + premia za ryzyko rynkowe × beta. Współczynnik beta pozwala na porównanie ryzyka danego przedsiębiorstwa z łącznym ryzykiem wszystkich przedsiębiorstw. Premię za ryzyko tej szczególnej inwestycji oblicza się przez pomnożenie premii za ryzyko rynkowe oraz współczynnika beta.

⁽³¹⁾ Sytuacja się nie zmienia, jeżeli uwzględni się możliwość pozyskania kapitału uzupełniającego do wysokości kapitału podstawowego (współczynnik 25 zamiast 12,5 dla kapitału podstawowego).

⁽³²⁾ Dokumenty udostępnione przez Niemcy zawierały informacje o podatku od osób prawnych w roku 1992 w wysokości 46 %, do którego należało doliczyć podatek solidarnościowy w wysokości 3,75 % (razem 49,75 %). W roku 1993 łączne obciążenie podatkowe uległo zmniejszeniu do 46 %, a w latach 1994 do 2000 wynosiło 49,5 %. Od 2001 r. łączne obciążenie podatkowe wynosiło 30 %.

- (120) CAPM jest główną metodą obliczania zysków z inwestycji w duże przedsiębiorstwa notowane na giełdzie. LBB nie jest przedsiębiorstwem notowanym na giełdzie, dlatego nie można bezpośrednio wyprowadzić wartości beta. Zastosowanie metody CAPM jest możliwe wyłącznie na podstawie orientacyjnego współczynnika beta.
- (121) Niemcy generalnie mają krytyczny stosunek do zastosowania metody CAPM. Ostatecznie strony zgodziły się w porozumieniu na zastosowanie metody CAPM i wyliczyły odpowiednie wynagrodzenie za wniesienie kapitału akcyjnego oraz kapitału celowego do LBB na poziomie 10,19 %.
- (122) Strony porozumienia zastosowały w swoich obliczeniach metodę CAPM oraz podstawową stopę procentową bezpiecznych papierów wartościowych dla LBB w wysokości 7,23 % na dzień 31 grudnia 1992 r. Obliczając te stopy procentowe założono, że majątek WBK został udostępniony bankowi LBB trwale. Strony nie zastosowały zatem zysku z bezpiecznych papierów wartościowych o określonym czasie trwania inwestycji (np. dziesięcioletni zysk z obligacji państwowych) obserwowanego na rynku w dniu wniesienia kapitału, gdyż takie podejście pomijałoby ryzyko reinwestycji, tzn. ryzyko braku możliwości ponownego zainwestowania po upływie okresu inwestycji w wysokości stopy procentowej bezpiecznych papierów wartościowych. Zdaniem stron najlepiej odda się ryzyko inwestycji, przyjmując za podstawę „total return index”. Z tego powodu strony oparły się na indeksie niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG) REX10 performance index, który odzwierciedla dokładnie zachowanie (performance) inwestycji w obligacje federalne o dziesięcioletnim czasie trwania. Zastosowany indeks uwzględnia stan indeksu REX10 performance index na koniec każdego roku od 1970 roku. Strony obliczyły w ten sposób zysk roczny, który odzwierciedla tendencję przyjętego indeksu REX10 performance index w okresie od 1970 do 1992 roku, i w ten sposób strony uzyskały wyżej wymienioną bezpieczną podstawową stopę procentową w wysokości 7,23 % (31 grudnia 1992 r.).
- (123) Biorąc pod uwagę, że wkład miał zostać udostępniony LBB trwale, procedura obliczenia podstawowych stóp procentowych bezpiecznych papierów wartościowych wydaje się w tym przypadku właściwa. Ponadto przyjęty indeks REX10 performance index stanowi ogólnie uznane źródło danych. Obliczone stopy podstawowe bezpiecznych papierów wartościowych wydają się zatem odpowiednie.
- (124) Współczynnik beta określony został na poziomie 0,74 na podstawie ekspertyzy KPMG, którą dysponuje Komisja, dotyczącej tzw. skorygowanych (adjusted) współczynników beta wszystkich instytucji kredytowych w Niemczech notowanych na giełdzie. Na podstawie powyższej ekspertyzy oraz przy uwzględnieniu profilu działalności banku LBB należy uznać powyższy współczynnik beta za właściwy.
- (125) Komisja uważa także premię za ryzyko rynkowe w wysokości 4,0 % za uzasadnioną. Już w trakcie postępowania, którego wynikiem była decyzja 2000/392/WE Komisja kilkakrotnie odniosła się do tzw. ogólnej długoterminowej premii za ryzyko rynkowe, a więc do różnicy między długoterminowym średnim zyskiem ze zwykłego portfela akcji a zyskiem z obligacji państwowych. W odpowiednich

ekspertyzach sporządzonych na potrzeby postępowania zastosowano, w zależności od metodyki, założonego okresu oraz danych, przedział od ok. 3 % do 5 %. Do wyliczeń w ekspertyzie sporządzonej dla BdB alternatywnie przyjęto wartości 3,16 % oraz 5 %, a inna ekspertyza sporządzona dla banku WestLB w ramach tego samego postępowania zakładała alternatywne wartości 4,5 % oraz 5 %, natomiast Lehman Brothers, którzy również pracowali na zlecenie WestLB, założyli stopę 4 %. Biorąc powyższe pod uwagę, Komisja nie widzi potrzeby w niniejszym przypadku zrezygnowania z rynkowej premii za ryzyko zastosowanej w porozumieniu. Zdaniem Komisji nie ma wątpliwości, aby minimalne wynagrodzenie obliczone przez strony na podstawie metody CAMP uznać za odpowiednie.

- (126) Komisja ustala zatem odpowiednie minimalne wynagrodzenie w wysokości 10,19 % rocznie (każdorazowo po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym).

Brak marży na zysk z kapitału w związku ze 100 % -owym udziałem własnościowym

- (127) Należy zbadać, czy istnieją powody dostosowania obliczonego wynagrodzenia minimalnego. Zgodnie z podejściem zastosowanym w procedurach dotyczących innych banków krajów związkowych następujące trzy szczególne cechy transakcji mogą uzasadniać tę marżę: po pierwsze brak emisji nowych udziałów w spółce i związany z tym brak dodatkowych głosów, po drugie znaczna wartość przeniesionego majątku i po trzecie brak płynności inwestycji.
- (128) Analogicznie do innych procedur Komisja uważa marżę w dwóch ostatnich przypadkach za nieuzasadnione. Brak praw głosu w związku z nieprzeprowadzeniem emisji nowych udziałów również nie uprawnia do naliczenia marży, ponieważ kraj związkowy Berlin już posiadał 100 % udziałów i głosów.

Brak zmniejszenia wynagrodzenia z powodu uzgodnienia wynagrodzenia ryczałtowego

- (129) Wynagrodzenie za akcje zależy bezpośrednio od wyników uzyskiwanych przez przedsiębiorstwo i wyraża się przede wszystkim w formie dywidend i udziału w przyroście wartości przedsiębiorstwa (np. wyrażonym we wzroście kursu akcji). Kraj związkowy otrzymuje wynagrodzenie ryczałtowe, którego wysokość ma uwzględniać oba powyższe aspekty wynagrodzenia za „normalne” dokapitalizowanie. Można by argumentować, że stałe wynagrodzenie zamiast bezpośredniego uzależniania wynagrodzenia od wyników LBB stanowi korzyść dla kraju związkowego, która usprawiedliwia redukcję stopy wynagrodzenia. Czy jednak takie stałe wynagrodzenie rzeczywiście jest korzystniejsze niż zmienne, zależne od zysku, zależy w dużej mierze od wyników przedsiębiorstwa osiągniętych w przyszłości. Jeśli pogorszą się one, wówczas stopa ryczałtowa jest korzystniejsza dla inwestora, przy ich poprawie jednak, przeciwnie, stanowi niekorzyść. Rzeczywistego rozwoju sytuacji nie można jednak uwzględniać przy późniejszej ocenie decyzji inwestycyjnej. Biorąc pod uwagę powyższe argumenty, Komisja uważa, że stopa wynagrodzenia nie może zostać zredukowana.

Łączne wynagrodzenie za kapitał akcyjny i kapitał celowy

- (130) Na podstawie wszystkich powyższych rozważań Komisja doszła do wniosku, że rynkowy minimalny zysk z kapitału oraz kapitału celowego powinien wynosić 10,19 % rocznie (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw). W odniesieniu do kapitału celowego nieposiadającego płynności należy od tego odjąć 3,62 % w związku z kosztami refinansowania netto.

Odpowiednie wynagrodzenie za kwoty wykorzystywane na działalność wspierającą

- (131) Również kwoty wykorzystywane na działalność wspierającą mają wartość materialną dla LBB, a ich funkcję ekonomiczną można porównać z gwarancją lub poręczeniem. Aby podjąć takie ryzyko, inwestor rynkowy zażądałby odpowiedniego wynagrodzenia. Porozumienie pomiędzy BdB, krajem związkowym oraz LBB nie dotyczy tej kwestii.
- (132) W przypadku WestLB⁽³³⁾ Niemcy uznały za odpowiednią stopę wyjściową wynagrodzenie w wysokości 0,3 % rocznie przed opodatkowaniem. Biorąc pod uwagę zasadniczą porównywalność przypadków banków WestLB oraz LBB, a także z braku innych wyznaczników, Komisja uważa, że ta stopa odpowiada wynagrodzeniu, które LBB musiałby zapłacić na początku lat 90-tych na rynku za przejęcie awalu na jego rzecz.
- (133) Powody zwiększenia stopy wyjściowej w decyzji 2000/392/WE nie dotyczą jednak niniejszego przypadku. W decyzji 2000/392/WE na wymienioną stopę w wysokości 0,3 % rocznie (przed opodatkowaniem) ustalono marżę w wysokości kolejnych 0,3 % rocznie, ponieważ z jednej strony awale zwykle wiążą się z określonymi transakcjami i mają ograniczony czas trwania (tak nie było w przypadku WestLB), a z drugiej strony kwota w wysokości ponad 3,4 mld DEM udostępniona bankowi WestLB jest wyższa niż kwoty zwykle pokrywane przez takie poręczenia bankowe.
- (134) Podwyższenie wynagrodzenia w wysokości 0,3 % w związku z szerokim zakresem „poręczenia” wynoszące ok. 170 do 350 mln DEM rocznie wydaje się nieadekwatne. Podwyższenie tej stawki w związku z tym, że LBB zasadniczo może korzystać z majątku WBK bez ograniczeń, jest wątpliwe z tych samych powodów, z których nie naliczono marży na wynagrodzenie za kapitał wykorzystywany na działalność komercyjną, ponieważ kraj związkowy mógł zażądać od LBB zwrotu majątku, co też uczynił na koniec sierpnia 2004 r.
- (135) Premia gwarancyjna jest kosztem działalności banku LBB i pomniejsza dochód do opodatkowania. Wynagrodzenie za majątek WBK płaci się z zysku po opodatkowaniu. W związku z tym stopę 0,3 % należy zasadniczo skorygować o stopę podatkową. Podobnie jak w przypadku kosztów refinansowania Komisja zakłada – w tym przypadku na korzyść LBB – jednolitą łączną stopę podatkową w wysokości 50 %. Komisja ustala zatem stopę w wysokości 0,15 % rocznie po opodatkowaniu.

(5) Element pomocy

- (136) Zgodnie z tymi obliczeniami Komisja uważa wynagrodzenie w wysokości 10,19 % rocznie po opodatkowaniu za kapitał akcyjny, w wysokości 6,57 % rocznie po opodatkowaniu za tę część kapitału celowego, którą bank LBB mógł wykorzystać do pokrycia działalności oraz w wysokości 0,15 % rocznie po opodatkowaniu za kwoty wykorzystywane na działalność wspierającą, która jednak ujęto w bilansie jako kapitał własny, za zgodne z rynkowym.
- (137) Z przedstawionych podstaw obliczeń oraz wynagrodzeń za różne rodzaje przeniesionego majątku wynikają kwoty zebrane w tabeli w pkt 142, które należy zapłacić za poszczególne składniki i lata jako odpowiednie wynagrodzenie.
- (138) Należy je porównać z kwotami, które były stałymi składnikami wynagrodzenia ustalonymi w momencie inwestycji. Zdaniem Komisji chodzi tylko o uzgodnione wynagrodzenie stałe w zmieniającej się wysokości (patrz tabela w pkt 142) za wykorzystaną część kapitału celowego. W przeciwieństwie do tego nie można zaliczyć innych składników, jak wymieniony przez Niemcy zrealizowany wzrost wartości oraz wypłacone w 1993 r. dywidendy w wysokości 238 mln DEM.
- (139) Niemcy twierdziły, że od wynagrodzenia należy odjąć wzrost wartości zrealizowany w momencie sprzedaży w latach 1994 i 1998 oraz wypłacone dywidendy w wysokości 238 mln DEM. Zgodnie z zasadą inwestora rynkowego, który na podstawie informacji dostępnych w momencie inwestycji albo może oczekiwać odpowiedniego zysku z kapitału, albo ustala wynagrodzenie bezpośrednio, kwestią zasadniczą nie są kwoty zapłacone i wzrost wartości zrealizowany po dokonaniu inwestycji. Zatem dywidendy i wzrosty wartości, których nie można skalkulować od początku, nie mogą mieć decydującego znaczenia. Decydująca nie jest również kwestia, czy wzrost wartości w drodze sprzedaży generuje przychód, czy nie. Wreszcie nie jest jasne, dlaczego dywidenda w wysokości 238 mln DEM miałyby być wypłacona na podstawie wniesionego kapitału celowego; przy tym płatności musiałyby być proporcjonalne, a mianowicie odpowiednio do stosunku kapitału celowego do pozostałego kapitału własnego LBB.
- (140) Niemcy twierdziły też, że powodem przeniesienia były potencjalne efekty synergii, a nie podwyższenia kapitału własnego LBB. Ponieważ efekty synergii nie zmniejszają możliwości wykorzystania przeniesionego kapitału dla LBB, ani nie zwiększają kosztów związanych z przeniesieniem, to nie mogą mieć one wpływu na wysokość wynagrodzenia, którego zażądałby od banku inwestor rynkowy za udostępniony kapitał własny. Również w przypadku rzeczywistej korzyści dla kraju związkowego wynikającej z efektów synergii każdy inny bank w związku z istniejącą konkurencją byłby zmuszony „zapłacić” krajowi związkowemu za instrument finansowy dodatkowo do odpowiedniego wynagrodzenia za udostępniony kapitał

⁽³³⁾ Patrz przypis 2, pkt 221.

„wynagrodzenie” w formie takiej korzyści. Komisja jest zatem zdania, że ewentualnych efektów synergii nie można uznać za wynagrodzenie płacone przez LBB za przeniesienie majątku WBK.

(141) Różnica między uzgodnionym wynagrodzeniem w wysokości ok. 0,25 % rocznie a odpowiednim wynagrodzeniem w wysokości 6,57 % rocznie (za tę część kapitału celowego

IBB, którą można wykorzystać na działalność komercyjną), 10,19 % rocznie za kapitał akcyjny WBK oraz 0,15 % rocznie (za część majątku porównywalną z gwarancją bankową) stanowi pomoc w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE.

(142) Pomoc składa się z następujących elementów:

Wartości (mln DM na koniec roku)	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004 ⁽¹⁾	Suma	Suma €
1. Kapitał celowy 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		
Wykorzystanie na dział. wspierającą	168,7	180,1	273,2	323,8	346,4	233,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]		
Pozostająca część kapitału celowego	1 546,- 5	1 825,- 7	1 832,- 6	1 882,- 2	1 959,- 6	2 122,- 4	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]		
Stopa	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %		
Należne wynagrodzenie	101,6	119,9	120,4	123,7	128,7	139,4	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2. Kapitał akcyjny WBK	187,5	46,9	46,9	46,9	46,9									
Stopa	10,19%	10,19%	10,19%	10,19%	10,19%									
Należne wynagrodzenie	19,1	4,8	4,8	4,8	4,8								38,2	19,5
Prowizja za awal	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %		
Należne wynagrodzenie	0,253	0,270	0,410	0,486	0,520	0,350	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
3. Zapłacone wynagrodzenie	0,0	0,0	0,0	1,2	3,4	3,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
4. Wynagr. pozostałe jeszcze do zapłacenia	121,0	125,0	125,6	127,7	130,6	136,2	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	1 584,- 5	810,14

⁽¹⁾ 01.01.-31.08.2004. Następnie przekształcenie € 1,1 mld kapitału celowego IBB w cichy udział kraju związkowego w LBB za wynagrodzenie odpowiadające rynkowemu.
Od 1.1 1999 DM przeliczane są na euro po kursie 1,95583. Dane w DM należy odpowiednio przeliczyć na euro.

(143) Z chwilą wyodrębnienia IBB z LBB z dniem 1 września 2004 r. kapitał celowy powrócił do kraju związkowego Berlin, przy czym z ok. 1,1 mld EUR tego kapitału celowego wniesiono do banku LBB jako dwa ciche udziały kraju związkowego. Powyższe wyodrębnienie zakończyło badane uprzywilejowanie w dniu 1 września 2004 r.

2.c ZAKŁÓCENIE KONKURENCJI ORAZ WPŁYW NA WYMIANĘ HANDLOWĄ MIĘDZY PAŃSTWAMI CZŁONKOWSKIMI

(144) Wskutek liberalizacji usług finansowych oraz integracji rynków finansowych sektor bankowy na obszarze Wspólnoty narażony jest coraz bardziej na zakłócenia konkurencji. Sytuacja ta zaostrza się obecnie jeszcze w ramach unii gospodarczo-walutowej, która ma przyczynić się do zniesienia pozostałych przeszkód dla konkurencyjności na rynkach usług finansowych.

(145) Bank Kraju Związkowego Berlin, którego dotyczy omawiane uprzywilejowanie, prowadzi działalność bankową zarówno regionalnie, jak i w skali międzynarodowej. LBB uważa się za uniwersalny bank komercyjny, bank centralny dla kas oszczędnościowych oraz bank publiczno-komunalny. Pomimo nazwy, tradycji oraz zadań uregulowanych ustawowo LBB w żadnym razie nie jest jedynie bankiem lokalnym lub regionalnym.

(146) To pokazuje wyraźnie, że LBB świadczy usługi bankowe, konkurując z innymi bankami europejskimi poza Niemcami oraz na terenie Niemiec, ponieważ banki z innych państw europejskich prowadzą swoją działalność w Niemczech.

(147) Należy zwrócić uwagę również na to, że istnieje ścisły związek między kapitałem własnym instytucji kredytowej a jego działalnością bankową. Bank może pracować i rozszerzać swoją działalność komercyjną tylko, jeżeli posiada wystarczający, uznany kapitał własny. Ponieważ bank LBB otrzymał ten kapitał własny na cele wypłacalności z zasobów państwowych, wpłynęło to bezpośrednio na możliwości transakcyjne banku.

(148) W związku z tym stwierdza się, że pomoc udzielona bankowi LBB zakłóca konkurencję oraz wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.

3. ZGODNOŚĆ ŚRODKA Z TRAKTATEM WE

(149) Opierając się na tych wszystkich argumentach, można stwierdzić, że zostały spełnione wszystkie kryteria art. 87 ust. 1 Traktatu WE i w związku z tym przeniesienie majątku WBK zawiera pomoc w rozumieniu tego artykułu. Następnie należy zbadać, czy pomoc ta może być uznana za zgodną ze wspólnym rynkiem. Należy również zauważyć, że w stosunku do ewentualnych elementów pomocy zawartych w przeniesieniu kapitałów Niemcy nie powoływały się na żadne odstępstwa.

(150) Żadne odstępstwo określone w art. 87 ustęp 2 Traktatu WE nie znajduje w powyższej sytuacji zastosowania. Pomoc nie ma charakteru socjalnego, ani nie została przyznana indywidualnym konsumentom. Nie miała ona także na

celu naprawienia szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi lub innymi zdarzeniami nadzwyczajnymi, ani skompensowania niekorzystnych skutków gospodarczych spowodowanych podziałem Niemiec.

(151) Pomoc nie ma celu wspierania regionów – nie jest przeznaczona ani na sprzyjanie rozwojowi gospodarstwu regionów, w których poziom życia jest nienormalnie niski lub regionów, w których istnieje poważny stan niedostatecznego zatrudnienia, ani na ułatwianie rozwoju niektórych regionów gospodarczych – dlatego nie ma zastosowania ani art. 87 ust. 3 lit. a), ani aspekty regionalne wymienione w art. 87 ustęp 3 lit. c) Traktatu WE. Pomoc nie jest przeznaczona na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania. Wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturowego także nie stanowią celu pomocy.

(152) Kontynuacja działalności banku LBB również nie była zagrożona w momencie przeprowadzania wymienionego działania, dlatego nie pojawiła się kwestia czy upadłość jednego dużego banku, jakim jest LBB, mogłoby doprowadzić do kryzysu sektora bankowego w Niemczech, co z kolei na podstawie art. 87 ust. 3 lit. b) Traktatu WE mogłoby uzasadniać przyznanie pomocy w celu zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce Niemiec.

(153) Zgodnie z art. 87 ustęp 3 lit. c) Traktatu WE za zgodną ze wspólnym rynkiem może zostać uznana pomoc państwa przeznaczona na sprzyjanie rozwojowi niektórych sektorów gospodarczych. Zasadniczo powyższe może także dotyczyć pomocy na restrukturyzację w sektorze bankowym. W omawianym przypadku jednakże brak przesłanek koniecznych do zastosowania powyższego wyjątku. Banku LBB nie można uznać za przedsiębiorstwo w trudnej sytuacji, które musi otrzymać pomoc państwa dla odzyskania rentowności.

(154) Art. 86 ust. 2 Traktatu WE, który dopuszcza w określonych wyjątkowych sytuacjach odstępstwa od przepisów Traktatu dotyczących pomocy państwa, zasadniczo dotyczy także sektora usług finansowych. Komisja potwierdziła powyższe stwierdzenie w sprawozdaniu pt. „Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym przez sektor bankowy”⁽³⁴⁾.

(155) Niemcy nie twierdziły, że ewentualne sprzyjanie LBB w wyniku przeniesienia majątku WBK ma na celu tylko kompensację kosztów powstających dla LBB w związku z usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym. Zdaniem Komisji nie ulega wątpliwości, że przeniesienie przeprowadzono po to, aby LBB spełniał nowe wymagania stawiane kapitałowi własnemu, a nie w celu kompensacji usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym.

(156) Ponieważ żadne z odstępstw od zasady zakazu pomocy państwa wymienione w art. 87 ust. 1 Traktatu WE nie znajduje zastosowania, niniejszej pomocy państwa nie można uznać za zgodną z Traktatem.

⁽³⁴⁾ Powyższe sprawozdanie przedłożono Radzie ds. Gospodarczych i Finansowych w dniu 23 listopada 1998 r., ale nie zostało ono opublikowane. Powyższe sprawozdanie można otrzymać w Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji oraz przeczytać na stronie internetowej Komisji.

4. BRAK POMOCY ISTNIEJĄCEJ

- (157) Nie można uznać, że przeniesienie majątku WBK mieści się w istniejącym systemie pomocy w formie poręczeń państwowych *Anstaltslast* i *Gewährträgerhaftung*.
- (158) Po pierwsze przesłanki stanu nieograniczonej odpowiedzialności udziałowców banku za zobowiązania wierzycieli (*Gewährträgerhaftung*), jeżeli majątek banku nie jest wystarczający do ich zaspokojenia, od początku nie były spełnione. Wniesienie kapitału nie ma nic wspólnego ani z zaspokojeniem wierzycieli LBB, ani też majątek LBB nie był wyczerpany.
- (159) Po drugie nie zachodzi stan konieczności zapewnienia bankowi płynności (*Anstaltslast*). Poręczenie państwowe *Anstaltslast* zobowiązuje udziałowca (*Anstaltsträger*) do zapewnienia działalności LBB środków koniecznych do prowadzenia działalności banku kraju związkowego, jeżeli zdecyduje on, że bank ma kontynuować działalność. Jednak w momencie wniesienia kapitału bank LBB w żadnym wypadku nie był w sytuacji, w której prowadzenie prawidłowej działalności nie byłoby możliwe. Wniesiony kapitał nie był więc konieczny do zapewnienia prawidłowej działalności banku LBB. Dzięki działaniu kraju związkowego jako właściciela, wynikającym ze świadomej kalkulacji ekonomicznej, bank LBB będzie mógł również w przyszłości sprostać konkurencji na rynku. Do takiej normalnej, ekonomicznej decyzji kraju związkowego nie ma zastosowania „szczególna regulacja” poręczenia państwowego *Anstaltslast*. Z braku innych reguł pomocy państwa, które można by zastosować zgodnie z art. 87 ust. 1 i art. 88 ust. 1 Traktatu WE, wniesienie kapitału należy uznać za nową pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 i art. 88 ust. 3 Traktatu WE.

5. WNIOSKI

- (160) Pomocy związanej z wniesieniem udziałów WBK/IBB w dniu 1 stycznia 1993 r. nie można uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem ani na podstawie art. 87 ust. 2 i ust. 3 Traktatu WE, ani na podstawie innego postanowienia traktatowego. Zgodnie z tym pomoc uznaje się za niezgodną ze wspólnym rynkiem i należy ją znieść. Element pomocy musi zostać odzyskany przez Niemcy,

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

Pomoc państwa w wysokości 810,14 mln EUR, przyznana przez Niemcy w okresie od dnia 1 stycznia 1993 r. do dnia 31 sierpnia 2004 r. na rzecz Landesbank Berlin – Girozentrale jest niezgodna ze wspólnym rynkiem.

Artykuł 2

Niemcy podejmą wszystkie konieczne środki w celu windykacji od beneficjenta przyznanej bezprawnie pomocy wymienionej w art. 1.

Artykuł 3

Windykacja pomocy nastąpi bezzwłocznie zgodnie z procedurami przewidzianymi w prawie narodowym, pod warunkiem, że przewidują one bezzwłoczne i skuteczne wykonanie tej decyzji.

Kwota pomocy podlegająca windykacji obejmuje odsetki naliczone od dnia, w którym pomoc przyznana bezprawnie została udostępniona beneficjentowi do daty jej skutecznej windykacji.

Odsetki zostaną naliczone zgodnie z postanowieniami rozdziału V rozporządzenia Komisji (WE) nr 794/2004 ⁽³⁵⁾.

Artykuł 4

W terminie dwóch miesięcy od daty ogłoszenia niniejszej decyzji Niemcy poinformują Komisję przy pomocy załączonego kwestionariusza o środkach podjętych celem wykonania decyzji.

Artykuł 5

Niniejsza decyzja skierowana jest do Republiki Federalnej Niemiec.

Bruksela, dnia 20 października 2004 r.

W imieniu Komisji

Mario MONTI

Członek Komisji

⁽³⁵⁾ Dz.U. L 140 z 30.4.2004, str. 1.

ZAŁĄCZNIK

INFORMACJE DOTYCZĄCE WYKONANIA DECYZJI KOMISJI

1. **Obliczenie kwoty podlegającej windykacji**

- 1.1. Prosimy o przedłożenie następujących danych szczegółowych dotyczących wysokości kwoty pomocy przyznanej bezprawnie, którą udostępniono beneficjentowi:

Data płatności (°)	Wysokość pomocy (°)	Waluta	Nazwa beneficjenta

(°) Data udostępnienia pomocy lub poszczególnych rat pomocy beneficjentowi (jeśli środek pomocy składa się z kilku rat oraz wynagrodzeń, należy wymienić je w oddzielnych wierszach)

(*) Wysokość pomocy przyznanej beneficjentowi (ekwiwalent pomocy brutto)

Uwagi:

- 1.2. Prosimy o dokładne wyjaśnienie sposobu naliczenia odsetek, które należy zapłacić od pomocy podlegającej windykacji.

2. **Działania już podjęte lub zaplanowane w celu windykacji pomocy państwa**

- 2.1. Prosimy o dokładne opisanie, jakie działania zostały podjęte oraz jakie zaplanowano, aby przeprowadzić bezpośrednią i skuteczną windykację pomocy państwa. Prosimy o wyjaśnienie, jakie działania alternatywne dostępne są w narodowym systemie prawnym w celu przeprowadzenia windykacji. Prosimy o udzielenie informacji, jeśli istnieje, o podstawie prawnej przeprowadzonych/zaplanowanych działań.
- 2.2. Proszę podać, w jakim terminie windykacja pomocy zostanie zakończona.

3. **Windykacja przeprowadzona**

- 3.1. Prosimy o przedłożenie następujących danych szczegółowych dotyczących pomocy, którą już odzyskano od beneficjenta:

Data (°)	Zwrócona kwota	Waluta	Nazwa beneficjenta

(°) Data windykacji pomocy

- 3.2. Prosimy o potwierdzenie windykacji kwot pomocy, które wymieniono w powyższej tabeli w punkcie 3.1.

DECYZJA KOMISJI

z dnia 20 października 2004 r.

dotycząca pomocy państwa udzielonej przez Niemcy na rzecz Westdeutsche Landesbank – Girozentrale, obecnie WestLB AG

(notyfikowana jako dokument nr C(2004) 3925)

(Jedynie tekst w języku niemieckim jest autentyczny)

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(2006/737/WE)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, w szczególności art. 88 ustęp 2 akapit pierwszy,

uwzględniając Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym, w szczególności art. 62 ustęp 1 lit. a),

po wezwaniu zainteresowanych stron do przedstawienia uwag zgodnie z wyżej wymienionymi artykułami⁽¹⁾ oraz po uwzględnieniu tych uwag,

a także mając na uwadze, co następuje

I. PROCEDURA

1. PROCEDURA ADMINISTRACYJNA

(1) Zrzeszenie Niemieckich Banków (Bundesverband deutscher Banken e.V.), zwane dalej „BdB”, które reprezentuje około 300 prywatnych banków w Niemczech, złożyło w Komisji skargę w dniu 23 marca 1993 r., wzywając ją do wszczęcia procedury przeciwko Niemcom na podstawie art. 226 Traktatu WE. Zrzeszenie utrzymywało, że Federalny Urząd Nadzoru Bankowości (Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen), zwany dalej „BAKred”, naruszył art. 4 ust. 1 dyrektywy 89/299/EWG w związku z uznaniem majątku Instytucji Wspierającej Rozwój Budownictwa Mieszkanio-wego kraju związkowego Północnej Nadrenii-Westfalii (Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen), zwanej dalej „Wfa”, która połączyła się z Zachodnioniemieckim Bankiem Kraju Związkowego Centralą Żyrową (Westdeutsche Landesbank Girozentrale), zwanym dalej „WestLB”, za środki własne WestLB.

(2) Za pośrednictwem pisma z dnia 31 maja 1994 r. BdB poinformowało Dyрекcję Generalną ds. Konkurencji IV o przeniesieniu majątku oraz nadmieniło w tym kontekście fakt zakłócenia konkurencji na korzyść WestLB. Dnia 21 grudnia 1994 r. BdB złożyło formalną skargę i wezwało Komisję do wszczęcia procedury przeciwko Niemcom na podstawie art. 88 ustęp 2 Traktatu WE. W lutym i marcu 1995 r. oraz w grudniu 1996 r. do skargi dołączyło się kolejne dziesięć banków Zrzeszenia.

(3) Za pośrednictwem pism z 12 stycznia, 9 lutego, 10. listopada i 13. grudnia 1993 r. oraz 16 stycznia 1996 r. Komisja zwróciła się do władz niemieckich o dalsze informacje umożliwiające ocenę, czy przeniesienie majątku stanowiło pomoc państwa. Komisja uzyskała dodatkowe informacje w pismach z 9. lutego i 16. marca 1993 r., 8 marca 1994 r., 12. kwietnia i 26. kwietnia 1996 r. oraz 14 stycznia 1997 r. Do Komisji wpłynęły kolejne pisma i dokumenty od różnych zainteresowanych stron. W latach 1994 do 1997 przedstawiciele Komisji kilkakrotnie spotykali się z przedstawicielami władz niemieckich, WestLB oraz innych banków krajów związkowych, a także z przedstawicielami głównego skarżącego.

(4) Po wymianie powyższych informacji Komisja uznała za konieczne wszczęcie procedury na podstawie art. 88 ustęp 2 Traktatu WE. Komisja podjęła powyższą decyzję dnia 1 października 1997 roku. W decyzji Komisja uznała, iż przedmiotowe działanie stanowiło prawdopodobnie pomoc w rozumieniu art. 87 ustęp 1 Traktatu WE oraz, że w celu dokładnego przebadania przypadku konieczne są dodatkowe informacje. Chodziło szczególnie o informacje dotyczące działań, dzięki którym kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia (dalej zwany: „krajem związkowym”) zabezpieczał swój odpowiedni udział w dodatkowych zyskach, które WestLB może osiągnąć z powodu podwyższenia kapitału, o informacje dotyczące skutków brakującej płynności transferowanego kapitału, braku wzrostu wpływu kraju związkowego na WestLB, skutków preferencyjnego charakteru stałego wynagrodzenia, różnych innych czynników przy ustalaniu odpowiedniego wynagrodzenia, informacji dotyczących wysokości kapitału Wfa będących zabezpieczeniem działalności prowadzonej przez WestLB, kwoty przewyższającej kapitał wykazanej w bilansie WestLB, zwolnień podatkowych, zwolnień ze zobowiązań, a także rentowności WestLB oraz rzekomych efektów synergii.

(5) Decyzja Komisji o wszczęciu procedury została opublikowana w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich*⁽²⁾. W powyższej publikacji Komisja wezwała strony biorące udział w postępowaniu do wyrażenia swojego stanowiska. Komisja uzyskała stanowiska WestLB (z dnia 19 maja 1998 r.), *Association Française des Banques* (z dnia 26 maja 1998 r.) oraz *British Bankers' Association* (z dnia 2 czerwca 1998 r.) i BdB (z 4 czerwca 1998 r.). Powyższe opinie przekazano Niemcom za pośrednictwem pisma z dnia

⁽¹⁾ Dz.U. C 140 z 5.5.1998, str. 9.

⁽²⁾ Zobacz przypis 1.

15 czerwca 1998 r. w celu zajęcia stanowiska. Odpowiedź Niemiec nadeszła – po przedłużeniu terminu – pismem z dnia 11 sierpnia 1998 r.

- (6) W dniu 15. stycznia i 16. września 1998 r. doszło do spotkania z przedstawicielami BdB oraz dnia 9 września 1998 r. z przedstawicielami WestLB. Pismem z dnia 22 września 1998 r. Komisja zaprosiła władze niemieckie, WestLB i BdB na wspólne spotkanie w celu przedyskutowania różnych aspektów powyższej kwestii. BdB przekazało informacje za pośrednictwem pisma z dnia 30 października 1998 r. Spotkanie przy udziale trzech stron odbyło się dnia 10 listopada 1998 roku. Następnie Komisja zwróciła się do niemieckich władz oraz BdB o dalsze informacje i dokumenty pismem z 16 listopada 1998 r.
- (7) BdB przedstawiło – po przedłużeniu terminu – wymienione informacje pismem z 14 stycznia 1999 r. Urzędy niemieckie przekazały – po przedłużeniu terminu – niektóre informacje za pośrednictwem pism z 15 stycznia 1999 r. oraz 7 kwietnia 1999 r.
- (8) Ponieważ władze niemieckie nie chciały przedłożyć Komisji pewnych danych, za pośrednictwem pisma z dnia 24 marca skierowanego do Niemiec Komisja przekazała decyzję z dnia 3 marca 1999 r. nakazującą przekazanie powyższych informacji. Rząd niemiecki spełnił powyższy nakaz – po przedłużeniu terminu – w dniu 22 kwietnia 1999 r.
- (9) Komisja zleciła przeprowadzenie niezależnego badania dotyczącego należytego wynagrodzenia, które kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia winien zażądać za transfer Wfa do WestLB. Przedstawiciele przedsiębiorstwa konsultingowego, które otrzymało zlecenie, wzięli także udział w spotkaniu trzech zaangażowanych stron dnia 10 listopada 1998 r., a sporządzone badanie zostało przekazane Komisji w dniu 18 czerwca 1999 r. Dnia 8 lipca 1999 r. Komisja podjęła decyzję 2000/392/WE dotyczącą kwestionowanego działania podjętego przez Niemcy na rzecz Westdeutsche Landesbank Girozentrale (dalej zwaną: kwestionowaną decyzją) ⁽¹⁾. Niemcy zostały poinformowane o powyższej decyzji dnia 4 sierpnia 1999 r., przekazały one tę decyzję krajowi związkowemu w piśmie z 6 sierpnia 1999 r. Kraj związkowy poinformował o powyższym WestLB za pośrednictwem pisma z dnia 9 sierpnia 1999 r., które tego samego dnia wpłynęło do WestLB. Artykuły 1, 2 oraz 3 powyższej decyzji stanowią:

Artykuł 1

Pomoc państwa przyznana przez Niemcy na rzecz Westdeutsche Landesbank Girozentrale w wysokości 1 579 700 000 DEM (807 700 000 EUR) w latach od 1992 do 1998 jest niezgodna ze wspólnym rynkiem.

Artykuł 2

(1) Niemcy podejmą wszystkie konieczne działania, aby wycofać wymienioną w art. 1, bezprawnie przyznaną pomoc oraz odzyskać ją od beneficjenta.

(2) Windykacja pomocy nastąpi na podstawie przepisów krajowych. Kwota pomocy podlegająca windykacji zostanie zwiększona o odsetki, które zostaną obliczone od dnia rzeczywistej wypłaty pomocy beneficjentowi do jej rzeczywistego zwrotu na podstawie stopy referencyjnej stosowanej przy obliczeniu ekwiwalentu subwencyjnego pomocy regionalnej.

Artykuł 3

W terminie dwóch miesięcy od daty ogłoszenia niniejszej decyzji Niemcy poinformują Komisję o środkach podjętych celem wykonania decyzji.”

2. POSTĘPOWANIE SĄDOWE

- (10) Dnia 12 października 1999 r. bank WestLB oraz kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia zaskarżyły powyższą decyzję w Sądzie Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich. WestLB, kraj związkowy oraz Niemcy jako interwenient uboczny wnioskowały o anulowanie kwestionowanej decyzji oraz o obciążenie Komisji kosztami postępowania. Kraj związkowy wnioskował także o obciążenie jego kosztami BdB. Komisja oraz BdB jako interwenient uboczny złożyły wniosek o uznanie obu skarg za bezpodstawne oraz o obciążenie skarżących kosztami postępowania (BdB uwzględniło własne koszty).
- (11) Ponadto Niemcy zaskarżyły w dniu 8 października 1999 r. decyzję Komisji przed Trybunałem Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, wnosząc o anulowanie decyzji i obciążenie Komisji kosztami postępowania. Postępowanie zostało jednakże zawieszono z racji, iż przez Sądem Pierwszej Instancji toczy się postępowanie o takiej samej treści.
- (12) Decyzją z dnia 22 sierpnia 2000 r. sąd dopuścił Niemcy jako interwenienta ubocznego po stronie skarżącej oraz BdB jako interwenienta ubocznego po stronie Komisji jako pozwanej. Decyzją Sądu z dnia 11 lipca 2001 r. obie sprawy połączono w ramach wspólnego postępowania ustnego oraz wspólnego orzeczenia. Postępowanie ustne odbyło się dnia 5. i 6. czerwca 2002 r.
- (13) 6 marca 2003 r. Sąd Pierwszej Instancji wydał wyrok ⁽²⁾, na mocy którego kwestionowana decyzja Komisji została uznana za nieważną, a Komisję obciążono kosztami strony skarżącej oraz jej własnymi, Niemcy kosztami własnymi oraz BdB kosztami własnymi.
- (14) Sąd stwierdził nieważność decyzji Komisji z powodu niewystarczającego uzasadnienia dwóch następujących kwestii dotyczących obliczenia wysokości wynagrodzenia zgodnego z wymogami rynku. Po pierwsze stwierdzenie nieważności decyzji dotyczyło uzasadnienia wysokości wynagrodzenia za płynny kapitał zakładowy jako punktu

⁽¹⁾ Dz.U. L 150 z 23.6.2000, str. 1

⁽²⁾ Wyrok z dnia 6 marca 2003 r. w połączonych sprawach T-228/99 i T-233/99, Westdeutsche Landesbank – Girozentrale i kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia przeciwko Komisji, Zb. Orz. 2003, II-435.

wyjściowego do obliczenia, dla którego Komisja przyjęła stopę w wysokości 12 % p.a. (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem inwestycyjnym). Po drugie stwierdzenie nieważności decyzji dotyczyło uzasadnienia wysokości marży na wynagrodzenie, dla której Komisja przyjęła stopę w wysokości 1,5 % p.a. (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem inwestycyjnym). W pozostałej części Sąd potwierdził decyzję Komisji.

3. PONOWNA PROCEDURA ADMINISTRACYJNA

- (15) Komisja zwróciła się do władz niemieckich za pośrednictwem pism z dnia 20 i 29 stycznia, 6 lutego oraz 28 maja 2004 r. o aktualizację danych koniecznych do podjęcia decyzji, które zostały przekazane po przedłużeniu terminu dnia 10. marca i 14. czerwca 2004 r. oraz omówione dnia 28 lipca 2004 r. Kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia przekazał kolejną opinię dotyczącą powyższej kwestii dnia 26 sierpnia 2004 r. Pismem z dnia 6 października 2004 r. Niemcy przekazały dalsze informacje, o które prosiła Komisja.
- (16) W lipcu 2004 r. główny skarżący BdB, kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia oraz WestLB AG doszły do tymczasowego porozumienia co do odpowiedniego wynagrodzenia, którego wynik przekazano Komisji w dniu 19 lipca 2004 r., ponieważ zdaniem Komisji powinno ono stać się podstawą w obu sądownie kwestionowanych punktach. Komisja otrzymała ostateczną wersję powyższego porozumienia dnia 13 października 2004 r.
- (17) W przedłożonej, nowej decyzji Komisja skorygowała oba punkty skrytykowane przez sąd jako niewystarczające (uzasadnienie wynagrodzenia podstawowego oraz możliwej marży) zgodnie z życzeniem sądu. Ponadto Komisja obstaje przy pierwotnej ocenie, którą przedstawiła w pierwszej decyzji. Decyzja uwzględniała wyniki rozmów prowadzonych między głównym skarżącym BdB oraz krajem związkowym Nadrenią Północną-Westfalią lub WestLB AG dotyczące wysokości odpowiedniego wynagrodzenia. Komisja przeprowadziła w niniejszej decyzji konieczną aktualizację spowodowaną upływem czasu od podjęcia pierwszej decyzji, głównie w kwestii procedury, przedstawienia przedsiębiorstwa oraz obliczenia wielkości pomocy, uwzględniając także termin zakończenia pomocy, opierając się na przedstawionych przez Niemcy nowych danych liczbowych za lata od wydania starej decyzji, ponadto Komisja pominęła kilka akapitów zbędnych w nowej decyzji.

II. DOKŁADNY OPIS POMOCY

1. WESTDEUTSCHE LANDESBANK GIROZENTRALE (WESTLB)/ZACHODNI NIEMIECKI BANK KRAJU ZWIĄZKOWEGO CENTRALA ŻYROWA

- (18) W okresie, którego dotyczy niniejsza decyzja, tzn. od wniesienia Wfa w dniu 31 grudnia 1991 r. do momentu podziału WestLB w dniu 1 sierpnia 2002 r., który zakończył pomoc, WestLB był bankiem publicznoprawnym na mocy prawa obowiązującego w kraju związkowym Nadrenia Północna-Westfalia. 31 grudnia 1991 r. uznany kapitał własny banku wynosił 5,1 mld DEM. Na mocy ustawy bank miał trzy zadania: działał jako bank centralny lokalnych kas oszczędnościowych kraju związkowego oraz od 17 lipca 1992 r. także kas oszczędnościowych kraju związkowego Brandenburgia.

Ponadto WestLB wypełniał zadania banku państwowego i komunalnego, realizując transakcje finansowe zlecone przez jego udziałowców. W końcu bank prowadził również normalną działalność bankową. Niezależnie od szczególnych przepisów kraju związkowego WestLB podlegał także niemieckiemu Prawu bankowemu (Kreditwesengesetz) i zgodnie z nim nadzorowi bankowemu.

- (19) WestLB był w 100 %-tach własnością publiczną. Kraj związkowy był największym udziałowcem w kapitale nominalnym (43,2 %). Pozostali udziałowcy to: Związki Krajowe Nadrenii i Westfalii-Lippe (Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe) (każdy po 11,7 %) oraz Związek Kas Oszczędnościowym i Żyrowych Nadrenii i Westfalii-Lippe (der Rheinische und der Westfälisch-Lippische Sparkassen- und Giroverband) (każdy po 16,7 %). Powyższe stosunki udziałowe nie zmieniły się przez cały okres referencyjny od dnia 31 grudnia 1991 roku do dnia 1 sierpnia 2002 r.
- (20) Właściciele publiczni ponosili odpowiedzialność za WestLB jako bank publiczno-prawny w ramach poręczeń państwowych Anstaltslast i Gewährträgerhaftung. Poręczenie Anstaltslast oznacza, że właściciele WestLB zobowiązani są do zapewnienia podstawy ekonomicznej i zdolności do działania instytucji przez cały okres jej istnienia. Powyższa gwarancja nie stanowiła podstawy odpowiedzialności właścicieli w stosunku do wierzycieli banku, lecz regulowała jedynie stosunki między bankiem i władzami. W ramach poręczenia Gewährträgerhaftung właściciele odpowiadali za wszystkie wierzytelności banku, jeśli nie mogły one zostać zaspokojone z majątku banku. Poręczyciel publiczny ponosił odpowiedzialność w stosunku do wierzycieli banku. Obie gwarancje nie posiadały ograniczenia czasowego ani wartościowego.
- (21) Pierwotnie bank WestLB był instytucją regionalną, koncentrującą się na uzupełnianiu działalności lokalnych kas oszczędnościowych, które z kolei pierwotnie miały wypełniać przede wszystkim funkcje społeczne, oferując usługi finansowe w dziedzinach, w których rynek nie funkcjonował wystarczająco dobrze. Jednakże kasy oszczędnościowe już od dłuższego czasu przekształciły się w uniwersalnie działające instytucje kredytowe. Ten sam rozwój stał się udziałem banku WestLB, który w ciągu ostatnich dziesięcioleci coraz silniej przekształcał się w niezależny bank handlowy i w okresie właściwym dla podejmowanej decyzji stał się silnym konkurentem na niemieckim i europejskich rynkach bankowych.
- (22) Mierząc sumą bilansową, w okresie właściwym dla podejmowanej decyzji koncern WestLB zaliczał się do pięciu największych niemieckich instytucji kredytowych. Koncern WestLB oferował usługi finansowe przedsiębiorstwom i instytucjom publicznym, działał także na międzynarodowych rynkach kapitałowych na własny rachunek oraz na rachunek innych emitentów tytułów dłużnych. Podobnie jak wiele innych uniwersalnych banków niemieckich także WestLB posiadał udziały w instytucjach finansowych oraz innych przedsiębiorstwach. Bank realizował ponadto znaczną część swojej działalności poza granicami Niemiec.
- (23) Na podstawie przepisów szczególnych WestLB mógł do momentu podziału w sierpniu 2002 roku – w przeciwieństwie do banków prywatnych, ale podobnie jak inne publiczne instytucje kredytowe – prowadzić transakcje kredytów hipotecznych oraz kas oszczędnościowych w tej samej strukturze

organizacyjnej, w której prowadził pozostałe transakcje. Z tego powodu WestLB można zaliczyć w okresie właściwym dla podjęcia decyzji, aż do podziału banku, do najbardziej uniwersalnych banków działających w Niemczech.

- (24) WestLB nie posiadał rozbudowanej sieci oddziałów prowadzących transakcje klientów detalicznych. W tym segmencie rynku działały lokalne kasy oszczędnościowe, dla których WestLB stanowił bank centralny.
- (25) Rentowność WestLB, licząc według zysku przed opodatkowaniem w stosunku procentowym do posiadanych środków własnych na poziomie koncernu, kształtowała się średnio przez osiem lat przed włączeniem Wfa (1984-1991) na poziomie maksymalnie 6,6 %, nie wykazując wyraźnej tendencji wzrostowej. Powyższy wynik można określić jako bardzo słaby w porównaniu z średnią niemiecką oraz europejską.
- (26) Koncern WestLB powiększył sumę bilansową z 1991 roku, a więc przed transferem, do końca 2001 roku, tzn. do chwili przedłożenia ostatniego sprawozdania finansowego przed podziałem banku, z ponad 270 mln DEM do ponad 840 mln DEM, co oznacza jej potrojenie.
- (27) Na mocy ustawy z dnia 2 lipca 2002 r. kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia dokonał podziału WestLB z dniem 1 sierpnia 2002 roku (podział bilansowy na dzień 1 stycznia 2002 r.) na publicznoprawną spółkę nadrzędną, bank kraju związkowego Nadrenia Północna-Westfalia (Landesbank Nordrhein-Westfalen), oraz prywatnoprawną spółkę zależną WestLB AG. Bank WestLB AG zajął się działalnością komercyjną prowadzoną przez były bank WestLB, a Landesbank Nordrhein-Westfalen jego działalnością publiczną. Według informacji przekazanych przez Niemcy bank WestLB AG należy z prawnego punktu widzenia identyfikować z WestLB i jest on dłużnikiem całego roszczenia zwrotu pomocy⁽¹⁾. W momencie podziału Wfa został przyporządkowany Landesbank Nordrhein-Westfalen i w ten sposób wyłączony z działalności komercyjnej skoncentrowanej w WestLB AG. W statucie banku Landesbank Nordrhein-Westfalen określono ponadto, że kapitał Wfa nie może służyć jako zabezpieczenie transakcji listów dłużnych w tym banku oraz, że w przyszłości za tę funkcję gwarancyjną należy krajowi związkowemu zapłacić wynagrodzenie w wysokości 0,6 % p.a.

2. WOHNUNGSBAUFÖRDERUNGSANSTALT (WFA)/ INSTYTUCJA WSPIERAJĄCA ROZWÓJ BUDOWNICTWA MIESZKANIOWEGO

- (28) Wfa została założona w 1957 roku i działała do dnia 31 grudnia 1991 roku jako instytucja publicznoprawna. Posiadała osobowość prawną oraz kapitał podstawowy w wysokości 100 mln DEM (50 mln EUR), a kraj związkowy był jedynym udziałowcem. Zgodnie z § 6 ust. 1 wcześniej obowiązującej w Nadrenii Północnej-Westfalii Ustawy o wspieraniu rozwoju budownictwa mieszkaniowego (Wohnungsbauförderungsgesetzes)⁽²⁾ Wfa miała za

zadanie wyłącznie wspieranie rozwoju budownictwa mieszkaniowego poprzez udzielanie niskoprocentowanych lub nieoprocentowanych pożyczek. Ze względu na prowadzoną działalność użyteczności publicznej instytucja nie podlegała podatkowi od osób prawnych, podatkowi majątkowemu oraz podatkowi od kapitału na działalność gospodarczą.

- (29) Będąc instytucją publicznoprawną, Wfa korzystała z poręczeń państwowych zapewnienia płynności (Anstaltslast) i nieograniczonej odpowiedzialności udziałowców za zobowiązania (Gewährträgerhaftung), udzielonych przez kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia w stosunku do wszystkich swoich wierzycieli. Powyższe poręczenia zostały utrzymane z powodu transferu.
- (30) Głównym źródłem finansowania działań wspierających budownictwo mieszkaniowe był i nadal jest „Krajowy Fundusz Budownictwa Mieszkaniowego” („Landeswohnungsbauförderungsanstalt”), który powstał z otrzymanych odsetek od kredytów mieszkaniowych udzielanych przez Wfa oraz ze środków corocznie przekazywanych z budżetu kraju związkowego. Zgodnie z § 16 wcześniej obowiązującej Ustawy o wspieraniu rozwoju budownictwa mieszkaniowego fundusz przeznaczony był wyłącznie na finansowanie kredytów mieszkaniowych, przyczynił się on do refinansowania Wfa w 75 %, tzn. 24,7 mld DEM (12,6 mld EUR) w dniu 31 grudnia 1991 r.
- (31) Przed transferem Wfa gwarantowała wierzycielom kraju związkowego Nadrenia Północna-Westfalia powstałe w celu wspierania budownictwa mieszkaniowego. Każdego roku przekształcano gwarancję Wfa w wysokości zobowiązań zapłaconych przez kraj związkowy w należności zwrotne kraju związkowego w stosunku do Wfa, przez co wartość Krajowego Funduszu Budownictwa Mieszkaniowego odpowiednio się zmniejszała. Powyższe zobowiązania Wfa stałyby się wymagalne dopiero w momencie, gdyby Wfa nie miała możliwości korzystania z otrzymanych odsetek i spłat pożyczek w celu wypełniania swoich zadań publicznych. Wynosiły one na koniec 1991 roku 7,4 mld DEM (3,78 mld EUR) i nie zostały bezpośrednio wykazane w bilansie, lecz jedynie „pod kreską”.

3. WYMOGI DOTYCZĄCE KAPITAŁU WŁASNEGO ZGODNIE Z DYREKTYWĄ W SPRAWIE FUNDUSZY WŁASNYCH INSTYTUCJI KREDYTOWYCH ORAZ DYREKTYWĄ W SPRAWIE WSKAŹNIKA WYPŁACALNOŚCI INSTYTUCJI KREDYTOWYCH

- (32) Zgodnie z dyrektywą Rady 89/647/EWG⁽³⁾ oraz dyrektywą w sprawie funduszy własnych instytucji kredytowych banki zobowiązane są do dysponowania funduszami własnymi w wysokości co najmniej 8 %⁽⁴⁾ aktywów ważonych ryzykiem oraz transakcji pozabilansowych obciążonych ryzykiem⁽⁵⁾. Powyższe dyrektywy warunkują zmiany w Prawie bankowym (Kreditwesengesetz), które przepro-

⁽¹⁾ Uwagi Niemiec z dnia 10 marca 2004, str. 2.

⁽²⁾ Ustawa o Instytucji Wspierania Rozwoju Budownictwa Mieszkaniowego (Wohnungsbauförderungsgesetz) w wersji opublikowanej dnia 30 września 1979 roku, (Dz. U. kraju związkowego Nadrenia-Dolna Westfalia: Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen, str. 630).

⁽³⁾ Dz.U. L 386 z 30.12.1989 str. 14, uchylony i zmieniony dyrektywą 2000/12/WE Dz.U. L 126 z 26.5.2000.

⁽⁴⁾ Banki zobowiązane są do wypełnienia wymagań dotyczących kapitału własnego na zasadzie skonsolidowanej, częściowo skonsolidowanej i nieskonsolidowanej.

⁽⁵⁾ Pojęcie „aktywa ważone ryzykiem” obejmuje wszystkie pozycje obciążone i ważne ryzykiem.

wadzono dnia 1 stycznia 1992 roku. Nowe wymogi weszły w życie dnia 30 czerwca 1993 roku⁽¹⁾. Do tej daty niemieckie instytucje kredytowe musiały posiadać fundusze własne w wysokości 5,6 % aktywów ważonych ryzykiem⁽²⁾.

- (33) „Kapitał podstawowy” musi stanowić co najmniej połowę nowego progu w wysokości 8 %. Obejmuje on części kapitału, którymi instytucja kredytowa może nieograniczenie i bezpośrednio dysponować w celu pokrycia strat w momencie ich powstania. Z punktu widzenia przepisów nadzoru bankowego kapitał podstawowy ma priorytetowe znaczenie dla całościowego wyposażenia banku w środki własne, ponieważ „kapitał uzupełniający”, czyli dalsze środki własne niższej kategorii, może być przeznaczony na zabezpieczenie transakcji banku obciążonych ryzykiem tylko i wyłącznie w wysokości posiadanego kapitału podstawowego.
- (34) Ilość środków własnych warunkuje ponadto udzielanie przez bank dużych kredytów. W momencie transferu Wfa zgodnie z § 13 Prawa bankowego (Kreditwesengesetz) jeden kredyt nie mógł przekraczać 50 % środków własnych instytucji kredytowej, a łączne kredyty, których wartość przekraczała 15 % środków własnych, nie mogły przekroczyć ośmiokrotności środków własnych instytucji kredytowej. Po zmianie Prawa bankowego w roku 1994 mającej na celu dostosowanie prawa do dyrektywy Rady 92/121/EWG⁽³⁾ ograniczono najwyższy możliwy kredyt do 25 % środków własnych banku, a wszystkie duże kredyty razem, które przekraczały 10 % środków własnych banku, nie mogły przekraczać ośmiokrotności łącznych środków własnych⁽⁴⁾.
- (35) Artykuł 12 drugiej dyrektywy Rady 89/646/EWG z dnia 15 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe, zmieniającej dyrektywę 77/780/EWG⁽⁵⁾ ograniczał zakres udziałów w innych instytucjach kredytowych i bankach. Zgodnie ze szczególnym postanowieniem § 12 Prawa bankowego (Kreditwesengesetz) niewywodzącym się z prawa wspólnotowego, które obowiązuje także w innych Państwach Członkowskich, łączna suma lokat długoterminowych – w tym również udziałów w przedsiębiorstwach spoza sektora finansowego – ograniczona jest do łącznej wysokości środków własnych banku.
- (36) Banki niemieckie musiały dostosować się do nowych wymogów stawianych środkom własnym do dnia 30 czerwca 1993 r. Jeszcze przed transpozycją dyrektywy w sprawie wskaźnika wypłacalności instytucji kredytowych do prawa niemieckiego wiele banków krajowych, między innymi także WestLB, posiadało stosunkowo niski wskaźnik środków własnych. Według wstępnych obliczeń

Niemieckiego Banku Federalnego wykonanych w grudniu 1991 roku zgodnie z postanowieniami dyrektywy, banki krajowe wykazały średni wskaźnik wypłacalności w wysokości 6,3 %, a od 30 czerwca 1993 roku wartość ta musiała wynosić 8 %⁽⁶⁾. Podwyższenie środków własnych wymienionych instytucji kredytowych okazało się absolutnie konieczne, aby nie dopuścić do ograniczenia ich ekspansji oraz utrzymać transakcje na dotychczasowym poziomie. Jeśli bank nie jest w stanie udowodnić posiadania koniecznych środków własnych, nadzór bankowy nakaze mu podjęcie natychmiastowych działań w celu zastosowania się do przepisów w sprawie współczynnika wypłacalności, czy to przez pozyskanie kapitału uzupełniającego, czy też przez obniżenie aktywów ważonych ryzykiem.

- (37) Podczas gdy banki prywatne zmuszone były zaspokoić zapotrzebowanie na środki własne na rynku kapitałowym, banki publicznoprawne nie mogły podjąć takich działań, ponieważ ich publicznoprawni właściciele podjęli decyzję o nie przeprowadzaniu ani częściowej, ani całościowej ich prywatyzacji. Jednak ze względu na ogólnie napiętą sytuację budżetową udziałowcy publicznoprawni nie byli w stanie dokapitalizować banków⁽⁷⁾. Znalaziono inne rozwiązania na zdobycie dodatkowych środków własnych. Kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia zdecydował w przypadku WestLB o transferze Wfa do WestLB, aby w ten sposób podnieść środki własne banku. W niektórych innych krajach związkowych przeprowadzono podobne transakcje na rzecz ich banków krajowych.

4. TRANSFER I JEGO SKUTKI

a) TRANSFER

- (38) Dnia 18 grudnia 1991 r. Parlament Krajowy Nadrenii Północnej-Westfalii uchwalił Ustawę regulującą wspieranie rozwoju budownictwa mieszkaniowego (Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung)⁽⁸⁾. Artykuł pierwszej niniejszej ustawy nakazywał transfer Wfa do banku WestLB. Transfer przeprowadzono ze skutkiem na dzień 1 stycznia 1992 r.
- (39) W uzasadnieniu do uchwalonej ustawy transfer motywowano koniecznością zwiększenia środków własnych WestLB, aby bank spełniał ostrzejsze wymogi dotyczące środków własnych obowiązujące od dnia 30 czerwca 1993 r. Dzięki przeprowadzeniu transferu wymóg spełniono bez dodatkowego obciążania finansowego budżetu kraju związkowego. Podkreślono także większą efektywność jako dodatkowy efekt połączenia działalności wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego Wfa z działalnością WestLB.
- (40) W ramach transferu kraj związkowy wycofał gwarancję dla Wfa w wysokości 7,4 mld DEM (3,78 mld EUR) za zobowiązania kraju związkowego w związku z korzystaniem z kapitału na wspieranie rozwoju budownictwa mieszkaniowego (patrz rozdział II pkt. 2).

⁽¹⁾ W rzeczywistości nowe wymagania dotyczące kapitału własnego winny były wejść w życie już 1 dnia stycznia 1993 roku; w Niemczech weszły one w życie z opóźnieniem.

⁽²⁾ Powyższą kwotę wyliczono w oparciu o węższą definicję środków własnych niż definicja, którą przyjęto w dyrektywie w sprawie środków własnych.

⁽³⁾ Dz.U. L 29 z 5.2.1993, str. 1.

⁽⁴⁾ Należy jednakże podkreślić, że nie tylko progi, ale także definicje pojęć „środki własne” oraz „aktywa ważne ryzykiem” uległy zmianie.

⁽⁵⁾ Dz.U. L 386 z 30.12.1989, str. 1

⁽⁶⁾ Sprawozdanie miesięczne Niemieckiego Banku Federalnego (Deutsche Bundesbank), maj 1993 r., str. 49

⁽⁷⁾ Zobacz m. in. druk 11/2329 Parlamentu Krajowego Nadrenii Północnej-Westfalii.

⁽⁸⁾ Ustawa regulująca wspieranie rozwoju budownictwa mieszkaniowego (Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung) z dnia 18 grudnia 1991 roku (Dz. U. kraju związkowego Nadrenia Północna-Westfalia: Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen) nr 61, z dnia 30 grudnia 1991 r., str. 561

- (41) WestLB została sukcesorem uniwersalnym Wfa (za wyjątkiem zlikwidowanej przed transferem odpowiedzialności Wfa w stosunku do kraju związkowego za długi kraju związkowego zaciągnięte na wspieranie rozwoju budownictwa mieszkaniowego). Wfa przekształcono organizacyjnie i gospodarczo w niezależny zakład prawa publicznego bez zdolności prawnej w ramach WestLB. Kapitał podstawowy oraz rezerwy Wfa należy wykazywać w bilansie WestLB jako rezerwy specjalne. Kraj związkowy ponosi nadal odpowiedzialność z tytułu poręczeń państwowych zapewnienia płynności (Anstaltslast) i nieograniczonej odpowiedzialności udziałowców za zobowiązania (Gewährträgerhaftung) w stosunku do zobowiązań Wfa.
- (42) Transferowane aktywa, a więc kapitał podstawowy, rezerwy, Krajowy Fundusz Budownictwa Mieszkaniowego oraz pozostałe należności Wfa, a także przyszłe wpływy z pożyczek budowlanych przeznaczono na wspieranie budownictwa także po transferze do WestLB zgodnie z art. 2 § 16 ust. 2 wyżej wymienionej ustawy. Ten sam przepis określał, że przeniesione aktywa służą jednocześnie jako kapitał własny w rozumieniu przepisów Prawa bankowego (Kreditwesengesetzes) oraz w rozumieniu dyrektywy w sprawie funduszy własnych instytucji kredytowych, na podstawie której oblicza się wskaźnik wypłacalności banku. Zgodnie z tym zabezpieczają one także komercyjną działalność WestLB.
- (43) W związku z transferem właściciele WestLB zmienili umowę główną i uzgodnili, że aktywa przeznaczone na wspieranie rozwoju budownictwa mieszkaniowego pozostaną nienaruszone, nawet gdyby WestLB poniósł straty, które naruszyłyby jego pierwotny kapitał. Kapitał Wfa ponosiłby odpowiedzialność wewnętrznie wyłącznie po pozostałych środkach własnych WestLB. W umowie głównej sprecyzowano, że poręczenie Anstaltslast właścicieli WestLB dotyczy także rezerwy specjalnej Wfa. Gdyby rozwiązano bank WestLB, kraj związkowy posiadałby roszczenie priorytetowe do kapitału Wfa. Ponadto oświadczone, że podwyższenie środków własnych WestLB wskutek transferu Wfa stanowiło świadczenie kraju związkowego oraz że właściciele powinni uzgodnić wysokość rocznego wynagrodzenia, jak tylko będą dostępne pierwsze wyniki za lata obrotowe począwszy od 1992 roku⁽¹⁾. Powyższe uzgodnienie stanowiło treść notatki protokolarnej do umowy głównej z dnia 11 listopada 1993 r. Pomimo tego wewnętrznego uzgodnienia dotyczącego zabezpieczenia aktywów Wfa oraz wewnętrznej niższej kategorii kapitału Wfa, w stosunkach zewnętrznych WestLB nie rozróżniano między funkcją Wfa jako instytucji wspierającej rozwój budownictwa mieszkaniowego a funkcją jej środków własnych jako obowiązkowego kapitału własnego WestLB. Przetrasferywane aktywa udostępniono WestLB w całości oraz bezpośrednio na pokrycie strat lub w razie upadłości dla zabezpieczenia należności wierzycieli.
- (44) W umowie zlecenia zawartej między krajem związkowym a WestLB dotyczącej Ustawy o wspieraniu budownictwa mieszkaniowego przewidziano, że WestLB użyje rezerwy specjalnej na rzecz zabezpieczenia własnej działalności transakcyjnej tylko w takim stopniu, w jakim będzie to konieczne dla pokrycia ustawowo przewidzianych zadań Wfa.
- (45) Wfa utraciła wprawdzie niezależność prawną poprzez przekształcenie w dział wspierający rozwój budownictwa mieszkaniowego WestLB oraz integrację w system rachunkowy WestLB, jednakże z punktu widzenia operacyjnego nie została ona włączona do WestLB. Wfa pozostała oddzielną jednostką w ramach WestLB, przyjmując nazwę Instytucji Wspierającej Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego Nadrenii Północnej-Westfalii – Instytucji Zachodniemieckiego Banku Krajowego Centrali Żywowej (Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen – Anstalt der Westdeutschen Landesbank Girozentrale). Nowy dział wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego WestLB uwzględniany jest wprawdzie w rachunkowości WestLB, prowadzi jednak także własną rachunkowość. Wcześniej istniejący dział wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego WestLB został połączony z Wfa.
- (46) Przetrasferywany majątek Wfa składający się z kapitału podstawowego, rezerw, pozostałych aktywów oraz przyszłych zysków zastrzeżony jest dla wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego, musi więc być administrowany niezależnie od pozostałej działalności WestLB. Jednocześnie powyższy podział stanowi warunek dla uznania działalności na rzecz wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego w świetle niemieckiego prawa podatkowego nadal za instytucję użyteczności publicznej. Ponieważ władze niemieckie uznały, że Wfa po przetrasferyowaniu posiada nadal status instytucji użyteczności publicznej, dlatego zwolnienia podatkowe wymienione w rozdziale II pkt. 2 nie zostały zniesione.
- (47) Konkurenci WestLB sprzeciwili się fuzji Wfa, posiadającej pozycję monopolistyczną, oraz WestLB, obawiając się, że bank WestLB wykorzysta informacje uzyskane z działalności na rzecz wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego, aby pozyskać nowych klientów dla własnej działalności komercyjnej. Właściwe władze zobowiązały się podjąć odpowiednie kroki, aby nie doszło do zakłócenia konkurencji wywołanego powyższą „bliskością”, w szczególności poprzez rozdzielenie personelu, informacji itp. dotyczących wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego od działalności komercyjnej banku WestLB⁽²⁾.
- (48) W momencie podziału WestLB w dniu 1 sierpnia 2002 r. (ujęcie w bilansie z dniem 1 stycznia 2002 r.) na podstawie ustawy kraju związkowego Nadrenii Północnej-Westfalii z dnia 2 lipca Wfa została przyporządkowana do Landesbank Nordrhein-Westfalen i w ten sposób ponownie wyłączona z działalności komercyjnej skoncentrowanej w WestLB AG.

b) WARTOŚĆ WFA

- (49) Wartość nominalna majątku Wfa transferowanego do WestLB dnia 31 grudnia 1991 r. wynosiła 24,9 mld DEM (12,73 mld EUR), z czego 24,7 mld DEM (12,68 mld EUR) przypadało na Krajowy Fundusz Budownictwa Mieszkaniowego. Powyższe środki służyły do finansowania pożyczek mieszkaniowych, które były niskooprocentowane lub nieoprocentowane oraz bardzo często posiadały długie okresy karencji, dlatego też kapitał nominalny podlegał dość dużemu zdyskontowaniu, w celu ustalenia jego rzeczywistej wartości.

⁽¹⁾ Według informacji Niemiec użyty w oświadczeniu termin „świadczenie pieniężne” jest nieściśły i w późniejszym czasie został doprecyzowany.

⁽²⁾ Na mocy par. 13 Ustawy o transferze (Übertragungsgesetz) Instytucja Wspierająca Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego (Wohnungsbauförderungsanstalt, Wfa) winna wykonywać powierzone jej zadania neutralnie z punktu widzenia konkurencji. Szczegółowe zagwarantowanie powyższego zobowiązania uregulowano umownie między WestLB oraz krajem związkowym.

- (50) Dnia 1 stycznia 1992 r. WestLB zamówił ekspertyzę biegłego dotyczącą wartości majątku Wfa. Dnia 30 kwietnia 1992 r. przekazano powyższą ekspertyzę. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż wycena nastąpiła dopiero po tym, jak kraj związkowy podjął decyzję o transferze Wfa.
- (51) Odnośnie do metody wyceny biegli rewidenci oświadczyli, iż Wfa, z powodu ciągłego zobowiązania do reinwestowania wszystkich przyszłych wpływów w pożyczki niskoprocentowane oraz nieoprocentowane, w rzeczywistości nie wykazuje skapitalizowanego dochodu. To zobowiązanie traci swoją moc w momencie sprzedaży Wfa. Korzyść uzyskana przez WestLB z tytułu transferu Wfa wynika po pierwsze z podwyższenia środków własnych oraz z wiążącej się z tym możliwości rozszerzenia działalności, a po drugie z poprawy płynności w wyniku znacznego podwyższenia kapitału własnego. WestLB nie uzyskuje korzyści z normalnej działalności Wfa, dlatego wartość Wfa należy oszacować na podstawie możliwego przychodu z jej sprzedaży, nie uwzględniając przy tym istniejącego zaledwie wewnętrznie zobowiązania do reinwestowania. Majątek należy wycenić biorąc pod uwagę zwykły zysk z kapitału i zdyskontować do wartości, na podstawie której można określić nominalne zwrotne przepływy finansowe jako normalny zysk rynkowy.
- (52) Biegli rewidenci dokonali korekty wartości poszczególnych pozycji majątku oraz zobowiązań Wfa – pożyczki mieszkaniowe zredukowano z wartości nominalnej w wysokości 30,7 mld DEM (15,7 mld EUR) do 13,5 mld DEM (6,9 mld EUR), co odpowiada korekcie w wysokości 56 % – oraz obliczyli majątek netto Wfa w wysokości 5,9 mld DEM (3,02 mld EUR). Powyższe odpowiada łącznemu zdyskontowaniu w wysokości 76 % w porównaniu do wcześniejszej nominalnej wartości majątku netto Wfa w wysokości 24,9 mld DEM (12,7 mld EUR). Po dokonaniu powyższej korekty wartości w księgach handlowych WestLB ujęto kwotę w wysokości 5,9 mld DEM (3,02 mld EUR) w pozycji „rezerwa specjalna instytucji wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego”.
- (53) Po złożeniu przez WestLB wniosku w Federalnym Urzędzie Nadzoru Bankowości (BAKred) o uznanie 5,9 mld DEM (3,02 mld EUR) za podstawowy kapitał własny WestLB, urząd zlecił innej spółce biegłych rewidentów wykonanie wyceny. Została ona sporządzona dnia 30 września 1992 r. W trakcie badania prowadzonego dla BAKred sprawdzono wycenę wykonaną dla WestLB co do jego wiarygodności oraz zaakceptowano podejście metodyczne. Ze względu na obranie innej stopy dyskontowej oraz inne potraktowanie wcześniejszych spłat majątek netto Wfa wyceniono na wartość od 4 mld DEM (2,05 mld EUR) do 5,4 mld DEM (2,76 mld EUR).
- (54) Na podstawie powyższej wyceny dnia 30 grudnia 1992 r. BAKred uznał 4 mld DEM (2,05 mld EUR) za kapitał podstawowy WestLB w rozumieniu przepisów Prawa bankowego (Kreditwesengesetze). Wykazany w bilansie WestLB kapitał własny w wysokości 5,9 mld DEM (3,02 mld EUR) oraz kwota uznana za kapitał podstawowy nie ulegały od tego momentu zmianom.

- (55) Obie wyceny transferowanego majątku brały za podstawę sytuację po wycofaniu szacowanego na około 7,3 mld DEM (3,73 mld EUR) zobowiązania do poręczenia w stosunku do kraju związkowego.

c) SKUTKI TRANSFERU WFA DO WESTLB

- (56) WestLB posiadał na dzień 31 grudnia 1991 r. uznane środki własne w wysokości 5,1 mld DEM (2,6 mld EUR), z czego 500 mln DEM (260 mln EUR) wynikało z praw do udziału w zyskach bez prawa głosu (Genussrechte). Wskaźnik wypłacalności zgodnie z Prawem bankowym przed jego nowelizacją mającą na celu wdrożenie wspólnotowej dyrektywy bankowej wynosił około 6,1 % i przewyższał o 0,5 % wówczas obowiązujący ustawowy wskaźnik minimalny.
- (57) BAKred uznał kapitał Wfa za środki własne WestLB, dzięki czemu środki własne WestLB wzrosły do 9,1 mld DEM (4,65 mld EUR), a więc o 79 %. Uwzględniając utworzenie rezerwy z zysku w wysokości 100 mln DEM (50 mld EUR), środki własne WestLB wzrosły do 9,2 mld DEM (4,7 mld EUR) na dzień 31 grudnia 1992 r. Biorąc pod uwagę kapitał i aktywa Wfa ważone ryzykiem, wskaźnik wypłacalności wynosił 8,7 %.
- (58) Tabela nr 1: Zapotrzebowanie kapitałowe i środki własne WestLB oraz Wfa (zgodnie z informacjami władz niemieckich)

	(w mln DEM)		
	(31 grudnia)	1991	1992
aktywa ważone ryzykiem WestLB (bez Wfa)		83 000	91 209
aktywa ważone ryzykiem Wfa		13 497	14 398
aktywa ważone ryzykiem WestLB (z Wfa) (*)			105 607
pożądane środki własne WestLB (**) (= a)		4 611	5 867
pożądane środki własne WestLB bez Wfa (**) (= b)			5 067
środki własne WestLB (= c)		5 090	9 190
środki własne WestLB bez Wfa (= d)			5 190
wykorzystanie środków własnych WestLB (= a/c)		91 %	64 %
wykorzystanie środków własnych WestLB bez Wfa (b/d)			98 %

(*) Transfer Wfa przeprowadzono ze skutkiem na dzień 1 stycznia 1992 r.

(**) Z powodu obowiązującego wówczas wymogu w wysokości 5,6 %.

- (59) Wskaźnik wypłacalności w wysokości 8,7 % uwzględnia wzrost aktywów ważonych ryzykiem WestLB w wysokości 8,2 mld DEM (4,19 mld EUR) lub 9,9 % w roku 1992,

który nie był związany ze wspieraniem rozwoju budownictwa mieszkaniowego. Gdyby powyższy wzrost nastąpił bez transferu Wfa, wówczas wskaźnik wypłacalności WestLB na dzień 31 grudnia 1992 r. spadłby do 5,7 %, a więc prawie do minimalnego wymaganego poziomu 5,6 %.

- (60) Podczas gdy całość kapitału Wfa przeznaczonego na działalność związaną ze wspieraniem rozwoju budownictwa mieszkaniowego ma przeznaczenie celowe, tylko część środków własnych Wfa jest potrzebna do zabezpieczenia aktywów ważonych ryzykiem w rozumieniu przepisów dotyczących wypłacalności. Według informacji uzyskanych od władz niemieckich w momencie wejścia w życie nowych wymogów dotyczących kapitału własnego dla wymienionego celu konieczne było 1,5 mld DEM (770 mln EUR). Pozostała kwota 2,5 mld DEM (1,28 mld EUR) mogła zostać spożytkowana przez WestLB w tamtym momencie na poczet środków własnych dla zabezpieczenia działalności komercyjnej.
- (61) Na dzień 31 grudnia 1991 r. koncern WestLB posiadał wskaźnik wypłacalności w wysokości 5,8 %, a więc o 0,2 % więcej niż wówczas obowiązujący współczynnik minimalny. Rok później, po uznaniu przez BAKred kapitału Wfa, współczynnik wynosił po uwzględnieniu aktywów Wfa ważonych ryzykiem około 8,1 %. Gdyby nie doszło do transferu majątku, a koncern i tak podniósłby aktywa ryzykowne nie związane ze wspieraniem rozwoju
- (63) Tabela nr 2: Zapotrzebowanie kapitałowe i środki własne koncernu WestLB (zgodnie z informacjami władz niemieckich)

budownictwa mieszkaniowego, jak zostało to uczynione, wówczas współczynnik wypłacalności koncernu zmniejszyłby się do 5,3 % i osiągnął poziom o 0,3 % niższy niż obowiązująca wartość minimalna.

- (62) 30 czerwca 1993 r., w dniu wejścia w życie nowych wymogów dotyczących środków własnych dla niemieckich instytucji kredytowych, opierających się na dyrektywie w sprawie funduszy własnych i w sprawie wskaźnika wypłacalności instytucji kredytowych, współczynnik wypłacalności koncernu (łącznie z wymogami dotyczącymi funduszy własnych Wfa) obliczony zgodnie z nowymi przepisami wynosił 9 %, a więc o 1 % powyżej wartości minimalnej (na kapitał podstawowy przypadało 6,3 % a na kapitał uzupełniający 2,7 %). Gdyby nie został wniesiony kapitał własny wskutek transferu Wfa oraz aktywa ryzykowne, koncern osiągnąłby dnia 30 czerwca 1993 r. współczynnik wypłacalności w wysokości około 7,2 %. Współczynnik w wysokości 9 % osiągnięto by wskutek pozyskania dodatkowego kapitału uzupełniającego w formie kredytów drugiej kategorii w wysokości 2,9 mld DEM (1,48 mld EUR) na początku 1993 roku. WestLB pozyskał w roku 1993 łącznie 3,1 mld DEM (1,59 mld EUR) kapitału uzupełniającego, dzięki czemu zwiększył środki własne koncernu w rozumieniu przepisów Prawa bankowego do końca tego roku do wysokości 12,9 mld DEM (6,6 mld EUR). Współczynniki wypłacalności na koniec 1993 roku wykazywały nieco niższe wartości niż dnia 30 czerwca roku.

(wartości średnie)	1992 (*)	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002 (#)
Suma bilansowa	271 707	332 616	378 573	428 622	470 789	603 798	693 026	750 558	782 410	844 743	519 470
aktywa ważne ryzykiem	126 071	120 658	151 482	156 470	173 858	204 157	259 237	[...] (*)	[...]	[...]	[...]
obowiązujący kapitał podstawowy (=a)	4 758	4 827	6 060	6 259	6 954	8 167	10 370	[...]	[...]	[...]	[...]
obowiązujący środki własne łącznie (=b)	9 351	9 653	12 119	12 517	13 908	16 333	20 739	[...]	[...]	[...]	[...]
kapitał podstawowy (=c)	5 117	8 818	9 502	9 769	9 805	10 358	11 378	[...]	[...]	[...]	[...]
kapitał uzupełniający	500	2 495	4 513	4 946	5 270	7 094	10 170	[...]	[...]	[...]	[...]
środki własne łącznie (=d)	5 617	11 313	14 015	14 715	15 075	17 452	21 548	[...]	[...]	[...]	[...]
wykorzystanie kapitału podstawowego (= a/c)	93 %	55 %	64 %	64 %	71 %	79 %	91 %	[...]	[...]	[...]	[...]
wykorzystanie środków własnych łącznie (= b/d)	166 %	85 %	86 %	85 %	92 %	94 %	96 %	[...]	[...]	[...]	[...]

(*) Tegoroczne zmiany związane są z innym wykazaniem aktywów Wfa w bilansie, zmianami definicji kapitału własnego oraz współczynnika wypłacalności, a także z momentem uznania kapitału Wfa przez BAKred.

(#) Dane liczbowe dotyczące banku WestLB AG, w którym w roku 2002 skoncentrowano działalność komercyjną byłego Zachodniemieckiego Banku Krajowego Centrali Żyrowej (Westdeutsche Landesbank Girozentrale).

- (64) W liczbach absolutnych, dzięki kapitałowi podstawowemu w wysokości 4 mld DEM (2,05 mld EUR), zwiększyła się teoretycznie możliwość zwiększenia wartości transakcji ze aktywami ważonymi ryzykiem w 100 % zgodnie z Prawem bankowym w starej wersji (minimalny współczynnik wypłacalności 5,6 %) o 72 mld DEM (36,8 mld EUR). Według minimalnego współczynnika wypłacalności obowiązującego od dnia 30 czerwca 1993 r. w wysokości 8 % odpowiednia wartość wynosiłaby 50 mld DEM (25,6 mld EUR). Wychodząc z założenia, że działalność komercyjna koncernu WestLB uzyskała 2,5 mld DEM (1,28 mld EUR) kapitału Wfa, jego potencjał udzielania kredytów w 100 % ważonym ryzykiem wzrósł o 31,3 mld DEM (16 mld EUR).
- (65) W rzeczywistości jednakże dopuszczalna wartość kredytów została bardziej rozszerzona, ponieważ aktywa banku zwykle nie są obciążane 100 %-owym ryzykiem. Pod koniec 1993 roku aktywa ważne ryzykiem koncernu WestLB (z włączeniem działalności Wfa) wynosiły 148,6 mld DEM (76 mld EUR). Suma bilansowa wynosiła 332,6 mld DEM (170,1 mld EUR). W ten sposób uzyskujemy średnie ważenie ryzykiem w wysokości 45 %⁽¹⁾. Przy stałej strukturze ryzyka, uwzględniając dostęp do 2,5 mld DEM (1,28 mld EUR) kapitału podstawowego, możliwy był wzrost (lub zabezpieczenie istniejącej działalności) w wysokości 69,4 mld DEM (35,5 mld EUR) na podstawie założonego udziału środków własnych w wysokości 8 % zgodnie z dyrektywą bankową. Zwiększenie kapitału podstawowego WestLB umożliwiło dodatkowo pozyskanie kapitału uzupełniającego (do wysokości kapitału podstawowego), wskutek czego rzeczywisty potencjał udzielania kredytów wzrósł pośrednio jeszcze bardziej.
- (66) Nasuwają się różne wnioski. Po pierwsze bez podwyższenia kapitału WestLB miałyby trudności z przekroczeniem minimalnego współczynnika wypłacalności zgodnie z przepisami Prawa bankowego w wersji sprzed wprowadzenia zmian dostosowujących do wspólnotowych dyrektyw bankowych. Po drugie bez transferu Wfa koncern WestLB mógłby osiągnąć minimalny współczynnik wypłacalności zgodnie z dyrektywą w sprawie współczynnika wypłacalności wyłącznie wskutek redukcji aktywów ważonych ryzykiem lub poprzez zmobilizowanie innych źródeł środków własnych (np. likwidacja cichych rezerw). Pozyskanie kapitału uzupełniającego byłoby skuteczne tylko chwilowo, ponieważ wysokość tego kapitału ograniczona jest wysokością posiadanego kapitału podstawowego. Po trzecie podwyższenie kapitału związane z pozyskaniem w 1993 roku kapitałem uzupełniającym przewyższało kwotę, której potrzebował koncern, aby spełnić ostrzejsze wymogi odnośnie do środków własnych znowelizowanego Prawa bankowego.
- (67) Jeśli chodzi o ograniczenie dużych kredytów przez przepisy nadzoru bankowego, próg 50 %-owy Prawa bankowego w jego starej wersji odpowiadał około 2,5 mld DEM (1,28 mld EUR), zanim uznano kapitał Wfa. Po uznaniu kapitału Wfa oraz przekazaniu 100 mln DEM (50 mln EUR) do rezerw z pozycji zysków, próg wzrósł do prawie 4,6 mld DEM (2,35 mld EUR). Próg 15 %-owy dla dużych kredytów, które łącznie nie mogą przekraczać ośmiokrotności środków własnych banku, odpowiadał 760 mln DEM (390 mln EUR) na dzień 31 marca 1992 r. Rok później, a więc po uznaniu kapitału Wfa, powyższy próg wzrósł do prawie 1,4 mld DEM (720 mln EUR). Potencjał WestLB do udzielania dużych kredytów wzrósł wskutek transferu Wfa o 32 mld DEM (16,4 mld EUR) (a więc o ośmiokrotność podwyższenia środków własnych)⁽²⁾.
- d) WYNAGRODZENIE ZA TRANSFER WFA
- (68) Transfer Wfa nie doprowadził do zmiany udziałów w WestLB. Z powyższego powodu kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia nie otrzymał wynagrodzenia za udostępniony kapitał ani poprzez zwiększenie udziału w wypłacanych dywidendach, ani poprzez zwiększenie udziału w zyskach z kapitału z udziałów WestLB.
- (69) Z powodu transferu Wfa zmieniono umowę główną między właścicielami WestLB. Zdaniem właścicieli zwiększenie kapitału podstawowego WestLB przez kraj związkowy stanowi zgodnie z § 5 ust. 2 umowy korzyść finansową dla banku. Wysokość wynagrodzenia za udostępniony kapitał powinna zostać ustalona po ogłoszeniu pierwszych wyników WestLB za rok 1992, a więc krótko po przeprowadzeniu transferu. Podobne sformułowanie dotyczące wartości transferu oraz wynagrodzenia znajduje się w uzasadnieniu do ustawy o transferze.
- (70) Ostatecznie określono wynagrodzenie za udostępniony kapitał w wysokości 0,6 % rocznie. WestLB jest zobowiązany wypłacić je z zysków po opodatkowaniu, co stanowi dla WestLB obciążenie przed opodatkowaniem w wysokości około 1,1 %⁽³⁾. Wynagrodzenie wypłacane jest wyłącznie wtedy, jeżeli zostanie osiągnięty zysk.
- (71) Podstawę wypłaty wynagrodzenia stanowi kapitał Wfa uznany przez BAKred za kapitał podstawowy w wysokości 4 mld DEM (2,05 mld EUR). Będzie ona wypłacana wyłącznie za część kapitału niepotrzebną Wfa do zabezpieczenia własnej działalności związanej ze wspieraniem rozwoju budownictwa mieszkaniowego. Część udostępniona WestLB do zabezpieczenia własnej działalności transakcyjnej wynosiła 2,5 mld DEM (1,28 mld EUR) po wejściu w życie nowych wymogów dotyczących środków własnych i od tego czasu została podwyższona.⁽⁴⁾

⁽²⁾ Należy jednakże przypomnieć, że w nowych przepisach nie tylko współczynniki, ale także definicje pojęć „fundusze własne” oraz „aktywa ważne ryzykiem” uległy zmianie.

⁽³⁾ Zgodnie z badaniem przedstawionym przez Niemcy dotyczącym wynagrodzenia płaconego przez WestLB podatek od osób prawnych wynosił do 1993 roku 46 % a potem 42 %. Do powyższej kwoty doliczany był podatek solidarnościowy w wysokości 3,75 % w roku 1992, 0 % w roku 1993 i 7,5 % w późniejszych latach.

⁽⁴⁾ Jeśli poniżej mowa jest o kwocie, za którą należy zapłacić wynagrodzenie, to niezależnie od faktu, że zróżnicowanie między kapitałem o przeznaczeniu celowym na działalność Wfa oraz kwotą udostępnioną WestLB zmieniło się z upływem czasu, w celu zachowania przejrzystości mowa jest zawsze o sytuacji z końca roku 1993, a więc o różnicy między kwotą 1,5 mld DEM (770 mln EUR) oraz 2,5 mld DEM (1,28 mld EUR).

⁽¹⁾ Niniejsze wyciszenie nie uwzględnia transakcji obciążonych ryzykiem pozabilansowym.

- (72) Tabela nr 3: Rezerwa specjalna na wspieranie rozwoju budownictwa mieszkaniowego oraz zapotrzebowanie na środki własne Wfa (zgodnie z informacjami władz niemieckich)

(w mln DEM)

(31 grudnia)	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Rezerwa specjalna na wspieranie rozwoju budownictwa mieszkaniowego	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900
w tym uznany kapitał podstawowy	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000
na pożyczki budowlane Wfa	1 668	1 490	1 181	952	892	888	887	[...]	[...]	[...]	[...]
dla WestLB	13 (*)	2 510	2 819	3 048	3 108	3 112	3 113	[...]	[...]	[...]	[...] (#)

(*) BAKred uznał kapitał Wfa dopiero dnia 30 grudnia 1992 roku, dlatego udział kapitału w wysokości 2,332 mld DEM (1,2 mld EUR) w roku 1992 udostępniony był WestLB tylko przez dwa dni. Stąd w tym roku WestLB posiada kapitał w wysokości średnio 13 mln DEM (7 mln EUR).

(#) Różnicę w wysokości [...] między całkowitą kwotą uznanego kapitału podstawowego w wysokości [...] oraz kwotą potrzebną Wfa w wysokości 632 mln DEM należy pomnożyć przez współczynnik 7/12, ponieważ kapitał Wfa udostępniony był działalności komercyjnej z powodu podziału WestLB wyłącznie do dnia 1 sierpnia 2002 r. W ten sposób otrzymamy średni kapitał w wysokości [...], którym dysponuje WestLB w tym roku na działalność komercyjną.

III. UWAGI ZAINTERESOWANYCH STRON

1. SKARGA I UWAGI BDB

- (73) Zdaniem BdB zasada inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej nie ogranicza się do przedsiębiorstw przynoszących straty i wymagających sanacji. Inwestor nie zastanawia się w trakcie podejmowania decyzji o lokacie, czy dane przedsiębiorstwo działa opłacalnie, lecz bada dokładnie, czy zysk z kapitału odpowiada przyjętej stopie rynkowej. Gdyby wniesienie kapitału przez sektor publiczny sprawdzane było pod kątem pomocy państwa wyłącznie wtedy, gdy dotyczy ono przedsiębiorstw przynoszących straty, wówczas taka sytuacja stwarzałaby niekorzystne warunki konkurencji dla przedsiębiorstw prywatnych, niezgodne z art. 86 ust. 1 Traktatu WE.

- (74) Transferu majątku Wfa nie można także wykluczyć z zakresu obowiązywania prawa konkurencji na podstawie art. 295 Traktatu WE. Powyższy artykuł umożliwia jedynie krajowi związkowemu swobodne utworzenie takiego funduszu specjalnego; jednakże w momencie przeniesienia go na przedsiębiorstwo komercyjne, należy stosować reguły prawa konkurencji.

a) ODPOWIEDNIE WYNAGRODZENIE ZA KAPITAŁ

- (75) BdB zwróciło uwagę, że uznany kapitał podstawowy w wysokości 4 mld DEM (2,05 mld EUR) może zostać użyty, jak wszystkie inne kapitały podstawowe, do zabezpieczenia działalności transakcyjnej oraz umożliwia jednocześnie, tak jak inne kapitały podstawowe, uznanie kapitału uzupełniającego zgodnie z wymogami współczynnika wypłacalności. Dzięki transferowi majątku kraj związkowy spowodował, że WestLB działający z bardzo niskim kapitałem podstawowym, nie tylko nie musiał zawęzić własnej działalności transakcyjnej, ale mógł nawet rozszerzyć działalność obciążoną ryzykiem. Kwota, o którą środki własne przewyższają rzeczywiste zapotrzebowanie na kapitał własny, ma ponadto wpływ na koszty

finansowania na rynkach kapitałowych. Zdaniem BdB inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej nie dokapitalizowałby swojego przedsiębiorstwa, gdyby jego wyniki finansowe od lat stały się niskie oraz nic nie wskazywałoby na znaczne polepszenie sytuacji, tzn. brak byłoby sygnałów na uzyskanie wyższego zysku z kapitału w przyszłości.

i. Wysokość wynagrodzenia

- (76) BdB zwróciło uwagę, że WestLB pilnie potrzebował kapitału podstawowego, a dzięki transferowi Wfa kapitał podstawowy WestLB zwiększył się z 4,7 mld DEM (2,4 mld EUR) do 8,7 mld DEM (4,45 mld EUR), a więc prawie dwukrotnie. Biorąc pod uwagę słabe wyniki WestLB, żaden prywatny inwestor nie wniosłby do WestLB tak dużego kapitału własnego. W powyższej sytuacji prywatny inwestor wniosłby kapitał wyłącznie pod warunkiem uzyskania marży przynajmniej w wysokości 0,5 punktu procentowego oprócz zwykłego zysku z kapitału własnego. Zgodnie z informacjami podanymi przez BdB rentowność WestLB w ciągu dziesięciu lat przed transferem wynosiła średnio 5,6 % przed opodatkowaniem. Odpowiednie dane liczbowe wynoszą w przypadku dużych niemieckich banków prywatnych od 12,4 % do 18,6 %, a wartość średnia 16,8 % (przed opodatkowaniem) w omawianym okresie. Inne banki krajów związkowych wypracowałyby zysk z kapitału własnego w wysokości od 9 % do 11 %. BdB przedłożyło obliczenie zysku z kapitału własnego banków niemieckich, które sporządziła zewnętrzna firma doradcza dla BdB.

- (77) W kwestii właściwej metody obliczeniowej porównywalnych wielkości zysku z kapitału zrzeczenie BdB było zdania, że historyczny zysk z kapitału należy obliczyć jako średnią arytmetyczną a nie geometryczną („compound annual growth rate”). Ostatnia metoda zakłada, że inwestor ponownie inwestuje dywidendy, a dodatkowe zyski z niej uwzględnia w obliczeniach. Sposób ponownego przyna-

czenia dywidendy nie może wpływać na pierwotną decyzję o inwestycji, lecz stanowi nową, odrębną decyzję inwestycyjną. Z tego powodu należy przyjąć metodę średniej wartości arytmetycznej.

- (78) Gdyby natomiast zastosowano metodę „compound annual growth rate”, wówczas średni zysk z kapitału niektórych prywatnych dużych banków niemieckich po opodatkowaniu wyniósłby w okresie od 1982 do 1992 roku 12,54 %. Obliczając tę wartość, BdB uwzględniło według własnych danych wszystkie możliwe okresy lokat oraz sprzedaże między rokiem 1982 oraz 1992, aby wykluczyć zakłócenia wynikające z tego, że tylko jeden rok stanowiłby rok podstawowy, a ten wykazywałby szczególnie niskie lub wysokie kursy akcji; jednoczesne uwzględnienie wielu okresów utrzymywania lokat ma na celu wyrównanie wahań na rynku akcyjnym. Zdaniem BdB odpowiednie dane liczbowe WestLB były zaniżone, ponieważ nie uwzględniały przychodów ze sprzedaży praw do poboru nowych akcji.
- (79) Oprócz metody wyceny aktywów kapitałowych („capital asset pricing model”), którą uwzględniono w głównej ekspertyzie WestLB na potrzeby uzasadnienia wynagrodzenia za kapitał w wysokości 0,6 %, BdB przedłożyło własną zewnętrzną ekspertyzę. Powyższe badanie wykazało zysk z kapitału własnego w wysokości 12,21 % (przy zastosowaniu marży za ryzyko obowiązującej zwyczajowo na rynku niemieckim w okresie od 1982 do 1991 roku) lub 14,51 % (przy zastosowaniu wyższej oczekiwanej premii za ryzyko). Obie wartości przewyższają wartość wykazaną przez WestLB. Różnicę można sprowadzić do dwóch czynników. Po pierwsze BdB zastosowało wyższy narzut za ryzyko za kapitał własny (3,16 % lub 5 %). Po drugie BdB zastosowało wyższy współczynnik beta dla instytucji kredytowych (1,25 %). Podstawowa stopa procentowa wolna od ryzyka jest taka sama jak w obliczeniach WestLB. Uwzględniając różne metody obliczenia zysku z kapitału własnego, BdB podało najpierw wartość od 14 % do 16 % za normalny oczekiwany zysk z kapitału własnego.
- (80) BdB zauważyło ponadto, że prywatny udziałowiec mniejszościowy nie wniósłby dodatkowego kapitału bez wymagania zwiększenia swojego udziału w przedsiębiorstwie. Wyłącznie w ten sposób mógłby on mieć odpowiedni udział w zysku przedsiębiorstwa oraz większy wpływ na nie.
- (81) BdB podkreśliło, że porozumienie zawarte między udziałowcami WestLB, na podstawie którego kapitał Wfa miałby odpowiadać w drugiej kolejności po pozostałych obowiązkowych kapitałach własnych WestLB, w rzeczywistości nie jest skuteczne, gdyż kraj związkowy już na podstawie poręczenia publicznego Anstaltslast jest zobowiązany dokapitalizować bank WestLB w razie trudności. W ten sposób kraj związkowy zagwarantował właścicielom WestLB nie tylko wszystkie pasywa WestLB, ale także wniesiony przez siebie kapitał Wfa i nie otrzymał za to żadnego świadczenia zwrotnego. Oznacza to, że zmniejszenie ryzyka przetransferowanego kapitału jest jedynie skutkiem zwiększonego ryzyka, jakie ponosi kraj związkowy jako udziałowiec WestLB. Profil ryzyka majątku Wfa nie różni się od ryzyka zwykłego kapitału własnego.
- (82) W porównaniu z instrumentami kapitału własnego rynku finansowego, na których opiera się argumentacja Niemiec i WestLB, BdB stwierdziło, że praw do udziału w zyskach bez prawa głosu oraz „cumulative perpetual stock” nie da się porównać z majątkiem Wfa. Po pierwsze nie są one uznawane za kapitał podstawowy („cumulative perpetual stock” nie uznaje się w Niemczech nawet za kapitał uzupełniający). W związku z tym, że majątek Wfa można uznać za kapitał podstawowy, WestLB może dalej podwyższać środki własne poprzez zdobywanie kapitału uzupełniającego. Po drugie powyżej wymienione instrumenty mają znaczenie tymczasowe, a prawa do udziału w zyskach bez prawa głosu tracą jakość kapitału uzupełniającego dwa lata przed ich terminem zapadalności. Majątek Wfa natomiast jest do dyspozycji banku WestLB praktycznie bezterminowo. Po trzecie tego typu instrumenty stanowią zwykle tylko ograniczoną część środków własnych banku i wymagają dużego udziału kapitału podstawowego. Po czwarte instrumenty rynku kapitałowego mogą stać się przedmiotem wymiany na rynkach, co oznacza, iż inwestorzy mogą zakończyć swoją inwestycję, kiedy tylko zechcą. Kraj związkowy nie posiada powyższej możliwości; w zamian za brak takiej szansy, prywatny inwestor zażądałby zapewne marży w wysokości co najmniej 0,5 punktu procentowego oprócz normalnego zysku z kapitału.
- (83) BdB przekazało Komisji także dane za lata od 1990 roku dotyczące środków własnych niektórych prywatnych dużych banków niemieckich oraz ich współczynników wypłacalności. Z niniejszych danych wynika, że banki niemieckie na początku lat dziewięćdziesiątych nie dysponowały hybrydowymi instrumentami kapitałowymi w ramach ich kapitałów podstawowych (lub też przynajmniej z nich nie korzystały). Ponadto z powyższych informacji wynika, że instytucje kredytowe wykazywały ogólnie współczynnik wypłacalności wyraźnie przewyższający wymaganą wartość minimalną w wysokości 4 % dla kapitału podstawowego oraz 8 % dla wszystkich środków własnych.
- (84) BdB nawiązało do umowy głównej zawartej między udziałowcami WestLB, zgodnie z którą majątek Wfa odpowiada w drugiej kolejności po pozostałych obowiązkowych środkach własnych. Termin „pozostałe obowiązkowe środki własne” odnosi się także do uzupełniających instrumentów środków własnych, takich jak prawa do udziału w zysku bez prawa głosu czy też kredyty drugiej kategorii, i w ten sposób pogarsza ich sytuację, porozumienie stanowi „umowę na niekorzyść strony trzeciej” i jest w związku z tym nieważne. Ryzyko rezerwy specjalnej Wfa jest w związku z tym wyższe niż ryzyko związane z prawami do udziału w zysku bez prawa głosu i kredytami drugiej kategorii.
- (85) Uwzględniając wszystkie powyższe powody, BdB wyszedł z założenia, że płacone przez WestLB wynagrodzenie w wysokości 0,6 % nie stanowi zwykłego rynkowego oprocentowania. Biorąc pod uwagę, że WestLB musiał udostępnić środki płynne, aby w pełni wykorzystać majątek Wfa, oraz że nie uzyskano udziałów w podniesionych rezerwach, gdyż udział kraju związkowego w WestLB nie został podwyższony, BdB uznało najpierw stopę w wysokości od 14 do 17 % za właściwe wynagrodzenie. Powyższy zysk z kapitału miał być wypłacony w stosunku do całej uznanej kwoty w wysokości 4 mld DEM (2,05 mld EUR).

ii. Wady płynności

- (86) W przedłożonej skardze BdB zaakceptowało występowanie „wad płynności”, w związku z tym obliczając właściwy zysk z kapitału, należy potrącić około 7 punktów procentowych. Z racji jednak, że kapitał własny służy także do zabezpieczenia transakcji nie mających wpływu na bilans, które nie wymagają udziału środków płynnych, należałoby zmniejszyć potrącenie w wysokości 7 %.
- (87) W komentarzach dotyczących decyzji Komisji o wszczęciu procedury zgodnie z art. 88 ustęp 2 Traktatu WE BdB zauważa, że „wad płynności” nie należy uwzględniać przy obliczaniu właściwego zysku z majątku Wfa. Przytoczona wada płynności została już wyrównana poprzez zdyskontowanie majątku Wfa w wysokości 5,9 mld DEM (3,02 mld EUR). Do różnych transakcji bankowych, jak np. poręczenia, nie jest ponadto konieczna płynność. Gdyby więc trzeba było w rachunku uwzględnić jakiegokolwiek wady, mogłoby to być jedynie niewielkie zmniejszenie w wysokości 2,7 punktu procentowego dla wyrównania zaangażowania majątku Wfa w transakcje nieprzynoszące zysków. BdB dołączyło ekspertyzę niezależnego biegłego.
- (88) BdB uważa ponadto, że WestLB zdecydowanie zawyżył koszty refinansowania, podając je na poziomie 7,5 %. Na podstawie badania średnich rynkowych stóp procentowych w poszczególnych latach dla różnych instrumentów refinansujących oraz zgodnie ze strukturą bilansową WestLB, należy rzeczywistą stopę refinansowania WestLB na rynkach w latach od 1992 do 1996 roku wyznaczyć na średnim poziomie między 6,07 a 6,54 %. BdB przekazało Komisji również dane dotyczące kosztów refinansowania ponoszonych przez niektóre duże niemieckie banki prywatne w okresie transferu Wfa; przekazane wartości znajdowały się na poziomie zdecydowanie niższym od 7,5 %, który został podany we wcześniejszym stadium postępowania przez WestLB jako właściwe koszty refinansowania. Zdaniem BdB należy w tym wypadku rozróżnić wartości przed i po opodatkowaniu. Koszty refinansowania zmniejszyły zysk podlegający opodatkowaniu. Jeśli należy uwzględnić koszty refinansowania, wówczas należy także określić odpowiednie stopy refinansowe wyłącznie po opodatkowaniu.

iii. Kapitał podstawowy do obliczenia wynagrodzenia

- (89) Jak powyżej zaznaczono, BdB było zdania, że właściwe wynagrodzenie powinno być płacone od całości kwoty uznanej za kapitał podstawowy w wysokości 4 mld DEM (2,05 mld EUR). W uwagach BdB zaznaczyło także, iż WestLB nie tylko korzystał z kwoty uznanej przez BAKred za kapitał podstawowy, lecz także z kwoty nadwyżki w wysokości 1,9 mld DEM (970 mln EUR). Ostatnia wymieniona kwota nie umożliwia wprawdzie zabezpieczenia transakcji, jednakże wykazywana jest ona w bilansie jako kapitał własny. Agencje ratingowe oraz inwestorzy nie zwracają uwagi na uznany kapitał podstawowy, lecz na całość kapitału własnego wykazanego w bilansie, który jest w tej branży podstawą oceny środków przeznaczonych na

pokrycie strat. Zatem kwota powyższa zwiększa wypłacalność WestLB, a więc należałoby od niej zapłacić wynagrodzenie porównywalne z premią gwarancyjną.

iv. Efekty synergii

- (90) Zdaniem BdB rzekome efekty synergii nie stanowią prawdziwego powodu transferu majątku. Powyższy wniosek wypływa także z faktu, że w ustawie o transferze działanie to uzasadniono koniecznością poprawy sytuacji konkurencyjnej WestLB, oraz iż uzgodniono pieniądze wynagrodzenie za transakcję.
- (91) BdB zapytało o sposób, w jaki można by osiągnąć efekty synergii, jeśli komercyjna działalność Wfa oraz WestLB pozostanie nadal, jak zapisano w odnośnych przepisach prawnych, oddzielona od siebie pod względem gospodarczym, organizacyjnym i personalnym. Jeśli Wfa skorzysta w swojej działalności z efektów synergii, spowoduje to redukcję kosztów wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego, jednakże nie może być postrzegane jako wynagrodzenie, jakie kraj związkowy otrzyma od WestLB.

b) KWESTIE PODATKOWE

- (92) BdB zwraca uwagę, że majątek Wfa także po dokonanych transferze jest zwolniony z podatku od osób prawnych, podatku majątkowego i podatku od prowadzenia działalności gospodarczej. Zwolnienia podatkowe dla publiczno-prawnych instytucji kredytowych są jednakże uzasadnione tylko wówczas, jeśli te instytucje prowadzą wyłącznie transakcje wspierające i nie stanowią konkurencji dla prywatnych banków, zobowiązanych do płacenia podatków.
- (93) BdB zauważyło, że zwykły bank podwyższający swój kapitał jest zobowiązany płacić za dodatkowy kapitał rocznie 0,6 % podatku majątkowego oraz 0,8 % podatku od prowadzenia działalności gospodarczej. WestLB posiada zatem korzystniejszą sytuację w porównaniu z innymi bankami. Zwolnienie z podatku od osób prawnych w sposób pośredni stawia WestLB w lepszej sytuacji. Rezygnacja z poboru podatku stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ustęp 1 Traktatu WE.

c) UMORZENIE ZOBOWIĄZAŃ

- (94) Przed przeprowadzeniem transferu Wfa została zwolniona ze zobowiązań w stosunku do kraju związkowego w wysokości 7,3 mld DEM (3,77 mld EUR). Kraj związkowy zrezygnował ze zobowiązania gwarancyjnego Wfa, nie wymagając w zamian wynagrodzenia ani od Wfa, ani od WestLB. Inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej zażądałby wynagrodzenia za taką rezygnację. Rezygnacja ze zobowiązania gwarancyjnego była podstawowym warunkiem uznania 4 mld DEM (2,5 mld EUR) za kapitał podstawowy przez Federalny Urząd Kontroli Bankowości (BAKred). Umorzenie zobowiązań przysporzyło bankowi WestLB bezpośrednich korzyści.

2. UWAGI INNYCH ZAINTERESOWANYCH STRON

(95) Poza WestLB oraz BdB swoje uwagi do decyzji Komisji o wszczęciu procedury na podstawie art. 88 ustęp 2 Traktatu WE przedstawiły także dwie inne zainteresowane strony.

a) ASSOCIATION FRANÇAISE DES BANQUES (ZRZESZENIE BANKÓW FRANCUSKICH)

(96) Zrzeszenie Banków Francuskich (Association Française des Banques) zauważyło, że wniesienie środków własnych do WestLB, za które zażądano jedynie nieznacznych wynagrodzeń, oraz istniejące poręczenie kraju związkowego dla banku, spowodowały zakłócenie konkurencji na niekorzyść francuskich instytucji kredytowych. Ponieważ udziałowcy WestLB zażądali zysku z kapitału własnego na poziomie zdecydowanie niższym od zwyczajowego, WestLB może oferować swoje usługi po cenie niższej niż ich koszty („dumping”). Ze względu na posiadanie poręczenia państwowego zapewnienia płynności (Gewährträgerhaftung) bank WestLB uzyskał ocenę potrójnego „A”, dzięki której może refinansować swoją działalność na rynkach na bardzo korzystnych warunkach.

(97) Powyższe korzyści banku WestLB wpływają negatywnie na sytuację banków francuskich działających w Niemczech. Jednocześnie WestLB może rozwijać swoją działalność we Francji dzięki tej szczególnej sytuacji, przede wszystkim w zakresie finansowania inwestycji komunalnych. Konkurencja w sektorze bankowym w Niemczech, Francji i innych Państwach Członkowskich została niniejszym zakłócona.

b) BRITISH BANKERS' ASSOCIATION (ZRZESZENIE BANKÓW BRYTYJSKICH)

(98) Zrzeszenie Banków Brytyjskich (British Bankers' Association) zauważyło, że WestLB jest aktywnym konkurentem niemieckich banków na terenie Niemiec oraz na całym rynku europejskim. Pomoc na rzecz WestLB zakłóca więc wewnątrzspółnotową wymianę handlową. Komisja została wezwana do wyegzekwowania zasad wspólnego rynku i niewyłączania banków publicznoprawnych spod obowiązującego przepisu Traktatu dotyczących konkurencji.

3. UWAGI WESTLB

(99) Po opublikowaniu decyzji Komisji o wszczęciu procedury na podstawie art. 88 ust. 2 Traktatu WE bank WestLB przekazał odpis uwag Niemiec, wyrażonych z tej samej okazji, jako swoją opinię i oświadczył, iż w zupełności się z nimi zgadza. Zatem argumenty przytoczone przez Niemcy stanowią również stanowisko banku WestLB i zostaną tylko pokrótce zreferowane.

a) UWAGI OGÓLNE DOTYCZĄCE TRANSFERU MAJĄTKU

(100) Zdaniem BdB zasady inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej nie stosuje się do przedsiębiorstw zdrowych ekonomicznie i osiągających zyski. Trybunał Sprawiedliwości potwierdził powyższą zasadę i stosował ją zawsze tylko wtedy, jeśli dane przedsiębiorstwo w momencie podejmowania decyzji o inwestycji już od dłuższego czasu ponosiło znaczne straty oraz działało w sektorze cechującym się przerostami strukturalnymi. W orzecznictwie brak podstawy dla zastosowania powyższej zasady do zdrowych i opłacalnych przedsiębiorstw.

(101) Z powodu szczególnego zadania wypełnianego przez Wfa jej majątek nie może być porównywany z normalnymi środkami własnymi. Wniesienie majątku Wfa, który nie może być użyty na inne cele, do banku WestLB było z ekonomicznego punktu widzenia najlepszym rozwiązaniem. Kraj związkowy doprowadził do optymalizacji masy majątkowej związanej celowo ze wspieraniem rozwoju budownictwa mieszkaniowego dzięki transferowi majątku. Prywatny właściciel postąpiłby tak samo.

(102) Zwiększenie udziału kraju związkowego związane z transferem majątku zdaniem WestLB nie tylko nie było konieczne, lecz nie było również zgodne ze szczególnym profilem ryzyka majątku Wfa. Nie przysparzał on płynności, więc wniesienia majątku Wfa nie można porównać z innym rodzajem dokapitalizowaniem. Inne instrumenty kapitału własnego na rynku także nie zostały wyposażone w prawa do głosu.

(103) Wynagrodzenie, które otrzymuje kraj związkowy, jest odpowiednio wysokie, dlatego nie należy żądać wzrostu rentowności WestLB. Nie jest także zrozumiałe, dlaczego inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej miałby żądać określonej wysokości zysku, jeśli inwestuje w opłacalne przedsiębiorstwo. Ponieważ WestLB osiągał dotychczas zyski, nie jest potrzebny plan restrukturyzacji. Trybunał Sprawiedliwości wymagał opracowania takiego planu wyłącznie w przypadku pomocy restrukturyzacyjnej przeznaczonej dla przedsiębiorstw osiągających straty.

b) ODPOWIEDNIE WYNAGRODZENIE ZA KAPITAŁ

(104) Zdaniem WestLB wysokość wynagrodzenia wypłaconego za kapitał Wfa jest odpowiednia. Dla uzasadnienia swojego zdania WestLB przedłożył ekspertyzę banku inwestycyjnego, któremu zlecił ocenę kwestionowanego wynagrodzenia. W ekspertyzie biegłego porównany został profil ryzyka majątku Wfa z profilem innych instrumentów kapitału własnego na rynkach kapitałowych; z powyższego wynikało, że marża w wysokości od 0,9 do 1,4 % jest odpowiednim wynagrodzeniem za rezerwę specjalną Wfa. Co odpowiada kosztom poniesionym przez WestLB w związku z użyciem majątku Wfa w wysokości 1,1 % (przed opodatkowaniem). WestLB podkreśla, że dla pełnego użycia majątku Wfa należy uwzględnić jeszcze dodatkowe koszty refinansowania; w różnych dokumentach oceniane są one w wysokości od 7,5 % do 9,3 %.

(105) WestLB uważa, że liczby przedłożone przez BdB, dotyczące zysku z kapitału własnego niemieckich banków, z wielu powodów nie są prawdziwe. Okres inwestycyjny zastosowany przez BdB do obliczeń doprowadził do bardzo wysokiego zysku z powodu szczególnego rozwoju kursów giełdowych. Użyta przez BdB średnia arytmetyczna wykazała niewłaściwe wyniki; powinno się raczej wziąć pod uwagę średnią geometryczną („compound annual growth rate”). BdB uwzględniła w swoich obliczeniach okresy inwestycyjne, które nie miały znaczenia dla decyzji inwestycyjnej w roku 1992, a poprzez uwzględnienie wszystkich możliwych okresów lokat, niektóre lata policzono wielokrotnie. Instytucje kredytowych, które BdB wzięło pod uwagę dla celów obliczenia średniego zysku

z kapitału własnego dużych niemieckich banków, nie można porównać z WestLB z powodu różnic w działalności głównej. Po oczyszczeniu podanego przez BdB średniego zysku w wysokości 16,6 % ze wszystkich powyżej wymienionych czynników otrzymamy wartość 5,8 %.

c) EFEKTY SYNERGII

(106) Zdaniem WestLB wniesienie Wfa do WestLB spowodowało znaczne oszczędności dla Wfa. W pierwszych dwóch latach personel Wfa można było zredukować o 53 osoby (wcześniej 588 osób: pracownicy „starego Wfa” oraz pracownicy działu obsługi budownictwa mieszkaniowego WestLB, których koszty ponoszono przed transferem Wfa). W pierwszych latach włączenie Wfa przyniosło roczne efekty synergii w wysokości 13 mln DEM (7 mln EUR). Redukcja personelu będzie kontynuowana, dzięki czemu oszczędności od roku 1997 wzrosną do kwoty około 25 mln DEM (13 mln EUR) rocznie. Powyższe kwoty oznaczają tylko i wyłącznie korzyść dla działań kraju związkowego na rzecz wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego kraju związkowego. W innym dokumencie jest mowa o efekcie synergii w wysokości co najmniej 35 mln DEM (18 mln EUR) rocznie.

(107) W związku z włączeniem Wfa WestLB poniosło wydatki w wysokości 33 mln DEM (17 mln EUR) związane ze zmianą systemu emerytalnego dla pracowników Wfa oraz odpowiednią płatnością na rzecz Instytucji Emerytalnej Federacji oraz Krajów Związkowych (Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder). Powyższa płatność zmniejszy późniejsze koszty Wfa.

d) ZWOLNIENIA PODATKOWE

(108) Zdaniem WestLB zwolnienie Wfa z określonych podatków jest zgodne z niemiecką systematyką prawa podatkowego, zgodnie z którą kwestionowane podatki nie dotyczą instytucji służących celom publicznym oraz niekonkurujących z instytucjami płacącymi podatki. WestLB płaci bez ograniczeń wszystkie powyższe podatki i nie odnosi korzyści ze zwolnień Wfa. Podatku od majątku nie pobiera się od dnia 1 stycznia 1997 r., a podatku od kapitału na działalność gospodarczą od dnia 1 stycznia 1998 r.

e) UMORZENIE ZOBOWIĄZAŃ

(109) Umorzenie kwestionowanych zobowiązań nastąpiło przed transferem oraz po następnie przeprowadzonej wycenie majątku Wfa. Kwota 4 mld DEM (2,05 mld EUR) odnosi się do sytuacji bez zobowiązań. Wynagrodzenie dotyczy powyższej kwoty, dlatego WestLB nie uzyskał korzyści z umorzenia.

IV. UWAGI NIEMIEC

(110) Zdaniem Niemiec opisywana sytuacja nie stanowi pomocy państwa na rzecz banku WestLB w rozumieniu Traktatu WE. Kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia otrzymał odpowiednie wynagrodzenie, zgodne z zasadami rynkowymi. Powyższa sytuacja nie oznacza także pomocy państwa dla innych udziałowców WestLB, ponieważ utrzymanie struktury własnościowej po wcieleniu Wfa zostało wynagrodzone odpowiednią opłatą uiszczoną przez WestLB. Również otrzymane zwolnienia podatkowe, obowiązujące Wfa, nie stanowiły pomocy państwa na rzecz WestLB, ponieważ nie odnosiły się do komercyjnej działalności banku.

(111) Zdaniem Niemiec Komisja może zbadać przypadek tylko na podstawie sytuacji istniejącej w momencie podjęcia decyzji o inwestycji, tzn. pod koniec roku 1991. Wyłącznie tamta sytuacja była podstawą podjęcia decyzji o inwestycji kraju związkowego. Późniejsze wątpliwości i rozwój sytuacji, jak uznanie kapitału obowiązkowego przez Federalny Urząd Nadzoru Bankowości, roczna ocena oraz włączenie aktywów i zobowiązań Wfa do bilansu WestLB nie powinny być przedmiotem badań Komisji.

(112) Zdaniem Niemiec kwestia wcielenia Wfa do WestLB była podnoszona od lat 70-tych i 80-tych. Powodem takiego rozumowania była chęć wydajniejszego zorganizowania wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego. Przed wcieleniem postępowanie o uzyskanie pożyczki mieszkaniowej było bardzo skomplikowane, ponieważ poza właściwymi urzędami brały w tym udział Wfa i WestLB. W strukturach WestLB istniał dział „Wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego”, którego koszty ponosiła Wfa. Taka struktura powodowała dublowanie personelu, dokumentów, a cierpiała na tym wydajność. Po transferze beneficjenci środków wspierających mogli się zwracać już tylko do jednej osoby kontaktowej a nie do dwóch jak poprzednio.

(113) Zdaniem Niemiec WestLB mógłby wypełnić nowe kryteria wypłacalności także poprzez pozyskanie kapitału uzupełniającego. Jednakże dla zapewnienia długoterminowego funkcjonowania banku lepszym rozwiązaniem było podniesienie kapitału podstawowego. Wszystko to wskazuje, że podstawowym celem transferu nie było podwyższenie kapitału własnego WestLB, lecz uzyskanie możliwych efektów synergii oraz usprawnienie procedury wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego. Zmiana wymogów dotyczących wypłacalności zainicjowała jedynie te działania.

(114) W odpowiedniej inicjatywie ustawodawczej zapisano konieczność pozostawienia przeznaczenia celowego Krajowego Funduszu Budownictwa Mieszkaniowego, zabezpieczenia substancji oraz utrzymania instrumentarium polityki budownictwa mieszkaniowego. Zgodnie z tym WestLB ma wydzielić Wfa jako niezależną instytucję pod względem organizacyjnym i ekonomicznym, która będzie sporządzać własne roczne sprawozdanie finansowe. W przypadku rozwiązania banku WestLB krajowi związkowemu przysługiwałoby roszczenie priorytetowe do czystego kapitału Wfa. Wszystkie wpływy Wfa należy ciągle przeznaczać na wspieranie budownictwa mieszkaniowego. Wyłącznie ta część środków własnych Wfa, których Wfa nie potrzebuje dla zabezpieczenia własnych aktywów, może zostać użyta przez WestLB dla celów przewidzianych w przepisach nadzoru bankowego. Kraj związkowy zachowuje szczególną możliwość wpływu na Wfa dzięki specjalnym prawom do nadzoru, informacji i kooperacji.

(115) Na zewnątrz rezerwa specjalna odpowiada w sposób nieograniczony. W przypadku upadłości lub likwidacji WestLB wierzyciele uzyskaliby bezpośredni dostęp do rezerwy specjalnej Wfa. Także w przypadku strat możliwe jest ich pełne rozliczenie z rezerwy specjalnej. W stosunku wewnętrznym natomiast właściciele WestLB inaczej uregulowali kolejność korzystania z obowiązkowego kapitału

Wfa. Tutaj kapitał Wfa ponosi odpowiedzialność wyłącznie w drugiej kolejności po pozostałym kapitale własnym WestLB. Jako że wewnętrzne ustalenia nie naruszają ustawowej odpowiedzialności w stosunkach zewnętrznych, BAKred uznał w dniu 30 grudnia 1992 r. rezerwę specjalną w wysokości 4,0 mld DEM (2,05 mld DEM) za kapitał podstawowy.

1. ZASADA INWESTORA DZIAŁAJĄCEGO ZGODNIE Z REGULAMI GOSPODARKI RYNKOWEJ

- (116) Niemcy zwracają uwagę, że kraj związkowy nie jest w żadnym razie zobowiązany do rozważenia prywatyzacji jako alternatywy do wniesienia Wfa, aby w ten sposób umożliwić WestLB korzystanie z rynków kapitałowych i pozyskanie na nich koniecznego kapitału własnego. Kraj związkowy nie był zobowiązany do otwarcia WestLB na kapitał prywatny. Powyższa argumentacja nie byłaby zgodna z art. 295 Traktatu WE.
- (117) Podwyższenie całościowej rentowności WestLB nie było konieczne, ponieważ działania na rzecz zwiększenia zysku z kapitału są konieczne tylko wtedy, jeśli państwo wnosi kapitał do przedsiębiorstw przynoszących straty. Trybunał Sprawiedliwości stosował zasadę inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej zawsze tylko w stosunku do interwencji państwowych w przedsiębiorstwach przynoszących straty oraz w branżach wykazujących nadwyżkę strukturalną. Z orzecznictwa nie wynika, czy Komisja ma prawo badać inwestycje państwa w przedsiębiorstwa zdrowe i przynoszące zyski pod kątem osiągania przez te przedsiębiorstwa co najmniej średnich zysków z kapitału. Państwo może uwzględniać także długoterminowe strategiczne rozważania, posiada pewnego rodzaju wolność przedsiębiorczą, i w tych ramach Komisja nie jest uprawniona do badania decyzji gospodarczych. Komisja nie może żądać określonego minimalnego zysku z kapitału, jeśli przedmiotowe przedsiębiorstwo nie przynosi strat w perspektywie długoterminowej. Średnie wartości zysku z kapitału zakładają siłą rzeczy, że rentowność wielu przedsiębiorstw jest poniżej średniej w branży. Nie jest ponadto jasne, które przedsiębiorstwa oraz jakie okresy należałoby uwzględnić przy obliczeniu średniego zysku z kapitału. Państwo nie jest zobowiązane przy podejmowaniu decyzji gospodarczych do kierowania się wyłącznie kwestiami rentowności. Prywatny inwestor może także brać pod uwagę inne aspekty. Zgodnie z zasadą wolności gospodarczej nic nie stoi na przeszkodzie, aby kontynuować działalność przedsiębiorstw przynoszących zyski poniżej przeciętnej oraz wyposażać je w dodatkowy kapitał. Państwo osiąga pewną granicę dopiero w momencie, gdy jego działań nie da się w żaden sposób uzasadnić ekonomicznie w porównaniu z możliwym zachowaniem inwestora prywatnego.
- (118) Przeprowadzoną transakcję można jednakże uzasadnić zasadą inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej jako działanie, które podjąłby także właściciel prywatny. Ze względu na przeznaczenie celowe wniesionego majątku nie można go porównać z „normalnym” wniesieniem kapitału własnego; wniesienie Wfa stanowi z komercyjnego punktu widzenia najlepsze i najwydajniejsze przeznaczenie majątku Wfa. Wnosząc majątek Wfa do WestLB, kraj związkowy ulokował go w najlepszy możliwy sposób, aby przynosił on zysk. Porównując Wfa z prywatnym majątkiem użyteczności publicznej (np. fundacją), prywatny właściciel takiego majątku postąpiłby podobnie, i wniósłby masę majątkową posiadającą

przeznaczenie celowe, i której nie można użyć w inny sposób, na rzecz przedsięwzięcia gospodarczego.

- (119) Zdaniem Niemiec publiczny cel majątku Wfa stanowi zadanie w ogólnym interesie gospodarczym, którego Komisja nie może kontrolować zgodnie z art. 295 Traktatu WE. Państwa Członkowskie korzystają ze swobody tworzenia tego typu mas majątkowych o przeznaczeniu celowym.
- (120) Zdaniem Niemiec kwestia sposobu wypłaty odpowiedniego wynagrodzenia jest dla prawa pomocy państwa bez znaczenia. Kraj związkowy otrzymał odpowiednie wynagrodzenie, więc zwiększenie udziału w WestLB nie było ani konieczne, ani uzasadnione, a przyniosłoby ono tylko dodatkową korzyść ekonomiczną dla kraju związkowego bez dodatkowego świadczenia zwrotnego. Biorąc pod uwagę szczególny charakter majątku Wfa (brak płynności, odpowiedzialność w stosunku wewnętrznym w drugiej kolejności), tego typu podniesienie udziałów byłoby niestosowne. Ponadto określone instrumenty rynku kapitałowego, które można porównać z majątkiem Wfa, nie są również związane z prawami do głosu. Ponieważ uzgodnione wynagrodzenie jest odpowiednie, inni udziałowcy nie uzyskują żadnych dodatkowych przychodów, które nie przysługiwałyby im także w normalnych warunkach gospodarki rynkowej, a atrakcyjność WestLB dla innych inwestorów również nie powiększyła się w ten sposób. Udziałowcy WestLB są znani i nie mogli dołączyć do nich nowi (prywatni) udziałowcy, dlatego też nawet hipotetycznie za niskie wynagrodzenie nie miałoby wpływu na możliwych prywatnych inwestorów. Nawet jeśli inni udziałowcy odnieśliby rzeczywście korzyść, skutek dla kas oszczędnościowych byłby zdecydowanie zbyt mały, aby był odczuwalny.
- (121) Kraj związkowy uzyskuje stałe, odpowiednie wynagrodzenie, a WestLB zawsze był i nadal jest przedsiębiorstwem przynoszącym zyski, które jest w stanie bez wątpienia płacić uzgodnione wynagrodzenie, dlatego też rzeczywista wysokość zysku z kapitału własnego WestLB jest bez znaczenia, a kraj związkowy nie musiał żądać wyższej rentowności banku.

2. ODPOWIEDNIE WYNAGRODZENIE ZA KAPITAŁ

- (122) Zdaniem Niemiec WestLB płacił odpowiednie wynagrodzenie za wniesioną masę majątkową. Kraj związkowy uznawał zawsze konieczność płacenia przez WestLB wynagrodzenia za udostępniony kapitał jako warunek dokonania transferu. Wysokość i podstawa obliczenia wynagrodzenia zostały dokładnie przedyskutowane między stronami transakcji. W roku 1991 nie wiadomo było, jaką kwotę BAKred uzna za kapitał podstawowy, dlatego ustalono, że wynagrodzenie zostanie zapłacone, ale nie konkretnie w momencie transferu majątku. Rzeczywistą stopę w wysokości 0,6 % ustalono w roku 1993 po przeprowadzeniu negocjacji z innymi udziałowcami WestLB⁽¹⁾. Niemcy nie przekazały Komisji żadnych dokumentów wyjaśniających sposób, w jaki ustalono powyższą wartość; Niemcy uznały natomiast, że rozważania o sposobie ustalenia wynagrodzenia nie są miarodajne dla określenia pomocy państwa, lecz jedynie ich wynik, a on jest odpowiedni. Stałe wynagrodzenie należy zapłacić z zysku podlegającego podziałowi przed wypłatą dywidend. Jeśli wynagrodzenie nie zostanie w danym roku

⁽¹⁾ Wynagrodzenie w wysokości 0,6 % p.a. zostało ustalone w notatce do protokołu z dnia 11 listopada 1993 r. do umowy głównej.

wypłacone z powodu braku zysków, nie przysługuje prawo do wypłat kompensacyjnych w kolejnych latach ⁽¹⁾. Wartość 0,6 % odpowiada kosztom przed opodatkowaniem ponoszonym przez WestLB w wysokości 1,1 %.

(123) W poniższej tabeli wykazano płatności WestLB na rzecz kraju związkowego stanowiące wynagrodzenie za wniesiony majątek:

(124) Tabela nr 4: Wynagrodzenie zapłacone przez WestLB za wniesienie majątku Wfa (kwoty w mln DEM; informacje przekazały Niemcy)

(w mln DEM)

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Wynagrodzenie (przed opodatkowaniem)	0,0	27,9	30,8	33,4	33,9	34,0	34,0	[...]	[...]	[...]	[...]
Splata roszczeń emerytalnych pracowników Wfa	33,1	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	[...]	[...]	[...]	[...]
Łączne wynagrodzenie zapłacone krajowi związkowemu	33,1	27,9	30,8	33,4	33,9	34,0	34,0	[...]	[...]	[...]	[...]

(125) Niemcy przedłożyły dokumenty zewnętrznej firmy konsultingowej, której WestLB zlecił obliczenie odpowiedniego wynagrodzenia w roku 1991 za lokaty kapitałowe o takim samym profilu ryzyka jak majątek Wfa. Powyższa ekspertyza bieglego poddaje badaniu profil ryzyka w stosunku zewnętrznym i wewnętrznym oraz warunki wypłat wynagrodzenia. Powyższe czynniki zostały porównane z różnymi instrumentami istniejącymi na międzynarodowych rynkach kapitałowych, aby w ten sposób określić odpowiednie wynagrodzenie. Porównanie to zostanie omówione w następnym akapicie. Biegli obliczyli stopę wynagrodzenia w wysokości od 0,9 do 1,4 % jako odpowiednie wynagrodzenie. Wynagrodzenie w wysokości 0,6 % dotyczy kosztów WestLB przed opodatkowaniem w wysokości 1,1 %, dlatego wynagrodzenie uznawane jest za odpowiednie. Dodatkowo do tego bezpośredniego wynagrodzenia należy uwzględnić w rachunku efekty synergii w związku z transferem majątku.

pozycja inwestora w przypadku ciągłych strat oraz pozycja inwestora w przypadku upadłości lub likwidacji. W ekspertyzie opisano najróżniejsze cechy ⁽²⁾ kilku istniejących na rynkach finansowych instrumentów kapitałowych (akcje zwykłe, ciche udziały, papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach – Genussscheine, „perpetual preferred share”, „trust preferred securities” oraz obligacje drugiej kategorii) oraz porównano je z majątkiem Wfa. Zdaniem biegłych majątek Wfa można najlepiej porównać z papierami wartościowymi uprawniającymi do udziału w zyskach, z „perpetual preferred shares” i cichymi udziałami ⁽³⁾. Spośród wymienionych instrumentów kapitałowych „trust preferred shares” oraz „perpetual preferred shares” nie są w Niemczech uznawane. Ekspertyza wymienia następujące istniejące pod koniec roku 1991 w Niemczech instrumenty kapitałowe o jakości kapitału podstawowego: akcje zwykłe, akcje preferencyjne oraz ciche udziały.

a) PORÓWNANIE Z INNYMI INSTRUMENTAMI KAPITAŁOWYMI

(126) W ekspertyzie stwierdzono, iż zysk z kapitału instrumentu kapitałowego zależy od profilu ryzyka, im wyższe ryzyko, tym wyższa marża z nim związana, tzn. różnica odsetek, które należy zapłacić od bezpiecznych obligacji państwowych. Analizując profil ryzyka instrumentu kapitałowego ważne są przede wszystkim następujące trzy czynniki: zmieniające warunki dla bieżących odsetek do zapłacenia,

(127) W ekspertyzie podkreśla się, że majątek Wfa zostałby udostępniony wierzycielom w przypadku upadłości WestLB (funkcja gwarancyjna). Jednocześnie WestLB może bez ograniczenia wyrównywać straty z rezerwy specjalnej Wfa (funkcja wyrównania strat). Wewnętrzne uzgodnienia oraz przeznaczenie celowe majątku Wfa nie mają w tym

⁽¹⁾ Niemcy przedstawiły informacje, iż między udziałowcami istnieje porozumienie, na mocy którego należy wypłacić wyrównanie, lecz WestLB nie jest do tego zobowiązany prawnie.

⁽²⁾ Opisano następujące cechy: kraj emisji i emitenta, przyporządkowania w świetle przepisów prawa nadzoru bankowego, typowy okres, postępowanie w sytuacji upadłości lub likwidacji, a także udział w stratach, możliwość wcześniejszego wypowiedzenia, możliwość nie płacenia odsetek lub przesunięcia spłaty odsetek, możliwość kumulatywnego zawieszenia.

⁽³⁾ W jednej wersji majątek Wfa porównywany jest wyłącznie z papierami wartościowymi uprawniającymi do udziału w zyskach i „perpetual preferred stock”, a w drugiej ze wszystkimi trzema instrumentami.

kontekście znaczenia. W stosunku wewnętrznym rezerwa specjalna odpowiada dopiero po innym kapitale własnym WestLB, co dla inwestora ma decydujące znaczenie.

- (128) W odniesieniu do funkcji wyrównania strat, rezerwę specjalną Wfa można porównać do „perpetual preferred shares”. Ponieważ rezerwa specjalna Wfa zostanie użyta dopiero wówczas – i równocześnie z papierami wartościowymi uprawniającymi do udziału w zyskach przedsiębiorstw (stanowiącymi kapitał uzupełniający) – gdy pozostałe kapitały podstawowe WestLB zostaną zużyte, a i papiery wartościowe uprawniające do udziału w zysku również zostały już częściowo użyte wraz z innymi kapitałami podstawowymi, można stwierdzić, iż powyższa rezerwa ponosi mniejsze ryzyko niż papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach. To samo dotyczy cichych udziałów.
- (129) Zgodnie z funkcją gwarancyjną rezerwa specjalna brana jest pod uwagę po pozostałych kapitałach podstawowych, ale przed cichymi udziałami, papierami wartościowymi uprawniającymi do udziału w zyskach oraz pozostałymi kapitałami uzupełniającymi. W ten sposób rezerwa specjalna Wfa ponosi większe ryzyko niż papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach oraz ciche udziały. W odniesieniu do funkcji gwarancyjnej rezerwę specjalną można także porównać do „perpetual preferred shares” pod względem ponoszonego ryzyka. Z racji zdecydowanie minimalnego prawdopodobieństwa upadłości WestLB powyższe ryzyko można praktycznie pominać, a odpowiednie koszty ryzyka byłyby ocenione przez inwestora jako bardzo niskie.
- (130) Odsetki za majątek Wfa mają być płacone z zysku do podziału i mają pierwszeństwo przed wypłatą dywidend. Jeśli zysk będzie niewystarczający, wynagrodzenie nie zostanie wypłacone. Powyższa reguła odpowiada zasadniczo „perpetual preferred shares”. Papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach obciążone są niższym ryzykiem, ponieważ utracone wypłaty odsetek zostałyby odroczone i w kolejnych latach wypłacone kumulatywnie. Kumulatywne późniejsze wypłaty możliwe są także w przypadku cichych udziałów. W przypadku rezerwy specjalnej Wfa ryzyko utraty płatności dotyczy jedynie marży za ryzyko (z powodu „wad płynności”, patrz niżej), podczas gdy w przypadku dwóch pozostałych instrumentów dotyczy ono całego kuponu (zysk z bezpiecznych inwestycji plus marża za ryzyko). W stosunku do płaconych odsetek ryzyko specjalnej rezerwy Wfa leży nieco poniżej ryzyka trzech pozostałych instrumentów.
- (131) Biegli doszli do wniosku, iż marża za ryzyko dla rezerwy specjalnej Wfa musi być niższa zarówno od marży za ryzyko dla papierów wartościowych uprawniających do udziału w zysku, cichych rezerw, jak i „perpetual preferred shares”. Dla papierów wartościowych uprawniających do udziału w zyskach określono „historyczną marżę” przed opodatkowaniem w wysokości od 1,0 do 1,2 %, dla cichych rezerw od 1,1 do 1,5 %, a dla „perpetual preferred shares” od 1,5 do 2,0 %⁽¹⁾. Dla rezerwy specjalnej Wfa obliczono

za lata 1993 do 1996 wynagrodzenie w wysokości 1,1 %⁽²⁾. Na rok 1992 wymieniono wartość 255 %⁽³⁾. Dodatkowo należy uwzględnić w rachunku efekty synergii. Biegli doszli do wniosku, że wynagrodzenie płacone przez WestLB w roku 1992 było za wysokie a w latach 1993 do 1996 odpowiednie.

b) WADY PŁYNNOŚCI

- (132) Zdaniem Niemiec wniesienie gotówki oznacza podwyższenie środków własnych oraz poprawę płynności. Środki płynne można ponownie lokować i uzyskiwać odsetki, za które inwestor wymaga wynagrodzenia. Wniesienie Wfa zwiększyło środki własne WestLB, nie przyczyniło się jednakże do zwiększenia płynności. Kapitał Wfa posiada przeznaczenie celowe na wspieraniem rozwoju budownictwa mieszkaniowego. Przeciwnie do wniesienia kapitału w gotówce, WestLB nie może ponownie inwestować środków płynnych, ale musi pozyskiwać środki płynne na rynku kapitałowym, aby osiągnąć ten sam skutek. W związku z tym powstają dodatkowe koszty odsetkowe. Z powodu braku płynności, zgodnie z informacjami zawartymi w ekspertyzie biegłych, kraj związkowy może domagać się wynagrodzenia wyłącznie w wysokości marży za ryzyko, tzn. różnicy między całością zysku z kapitału oraz zyskiem z odpowiednich obligacji federalnych.
- (133) Ponadto podano, iż praktycznie wszystkie transakcje na aktywach instytucji kredytowej obciążone ryzykiem wymagają płynności, jak na przykład transakcje swapowe, terminowe i instrumenty pochodne. Wyłącznie udzielanie poręczeń i gwarancji nie wymaga płynności, jednakże powyższych transakcji nie wykazuje się w bilansie banku.
- (134) Dla kosztów refinansowania, które należy uwzględnić, należy przyjąć zysk z bezpiecznej długoterminowej niemieckiej obligacji federalnej (dziesięcioletniej). Pod koniec 1991 roku odpowiedni przeciętny zysk z kapitału wynosił 8,26 %. Rzeczywiste średnie koszty refinansowania WestLB wynosiły w listopadzie 1991 roku 9,28 %.

c) KAPITAŁ PODSTAWOWY DO OBLICZENIA WYNAGRODZENIA

- (135) Zdaniem Niemiec oraz zgodnie z notatką do protokołu do umowy głównej wynagrodzenie jest płatne w stosunku do rezerwy specjalnej Wfa wykorzystanej na poczet transakcji własnych WestLB w średniej rocznej, po raz pierwszy w roku 1993. Faktycznie WestLB zapłacił wynagrodzenie nie w stosunku do użytej, lecz możliwej do użycia części, tzn. za część rezerwy specjalnej nie pokrytej przez transakcje własne Wfa.

⁽²⁾ Powyższa wartość opiera się na stopie wynagrodzenia w wysokości 0,6 %, stopie podatku dochodowego od osób fizycznych w wysokości 46 % do roku 1993 oraz później w wysokości 42 %, a także na podatku solidarnościowym (Solidaritätszuschlag) w wysokości 3,75 % w roku 1992, 0 % w 1993 roku oraz później w wysokości 7,5 %.

⁽³⁾ Kwestią zasadniczą jest fakt, że rezerwa specjalna została uznana przez BAKred dopiero w dniu 30 grudnia 1992 roku, a więc przyjęto założenie obliczenia rzeczywiście przez WestLB wykorzystanego udziału w wysokości jedynie 2 mln DEM (1 mln EUR) oraz po drugie, że WestLB zapłaciła w roku 1992 kwotę w wysokości 33 mln DEM (17 mln EUR) na poczet przyszłych roszczeń emerytalnych pracowników Wfa, a tą sumę można uznać za wynagrodzenie, które WestLB zapłacił krajowi związkowemu w tamtym roku.

⁽¹⁾ W Niemczech nie ma „perpetual preferred shares”, dlatego zastosowano odpowiednie dane z rynku amerykańskiego i brytyjskiego.

(136) „Nadwyżka kapitałowa”, tzn. część rezerwy specjalnej pokrytej przez transakcje własne Wfa oraz 1,9 mld DEM (970 mln EUR) wykazane w bilansie WestLB jako kapitał własny, nieuznane jednakże przez BAKred za kapitał podstawy, nie stanowią korzyści ekonomicznej dla WestLB, ponieważ nie można w ten sposób pokryć dodatkowych obciążonych ryzykiem transakcji na aktywach. Wykazana w bilansie kwota 1,9 mld DEM (970 mln EUR) wynika z różnicy z wyceny. Agencje ratingowe oraz inwestorzy posiadający doświadczenie rynkowe biorą pod uwagę wyłącznie uznany kapitał, dlatego kwota 1,9 mld DEM (970 mln EUR) nie ma znaczenia ekonomicznego dla WestLB. Żaden prywatny inwestor nie może żądać wynagrodzenia na rynku, ponieważ bank posiada ciągle inne możliwości pozyskiwania kapitału własnego na rynku (np. w postaci normalnego wniesienia kapitału w gotówce), który można uznać za kapitał podstawowy.

(137) Zdaniem Niemiec aktywa i pasywa Wfa były corocznie na nowo dyskontowane w celu wykazania ich wartości gotówkowej w bilansie WestLB. Wartość nominalna majątku Wfa mogłaby się zwiększyć, a wartość zdyskontowana oraz ważona ryzykiem w tym samym czasie zmniejszyć, ponieważ spłaty oraz odsetki przeznaczano by ponownie na długoterminowe niskoprocentowane pożyczki mieszkaniowe.

d) EFEKTY SYNERGII

(138) Zgodnie z informacją przekazaną przez Niemcy kraj związkowy oczekiwał efektów synergii wywołanych wniesieniem Wfa, które długoterminowo oszacowano na ponad 30 mln DEM (15 mln EUR) na rok. Powstałyby one dzięki uproszczeniu procedury udostępniania środków wspierających, między innymi poprzez wyeliminowanie poprzedniej dublowanej pracy, uproszczenie i przyspieszenie komunikacji oraz dzięki mniejszej potrzebie koordynacji. Wfa od czasu transferu ma mniejsze potrzeby personalne oraz nie musi uiszczać opłat wyrównawczych za prace, które wcześniej wykonywał dział wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego banku WestLB na rzecz Wfa. Oczekiwania kraju związkowego rzeczywiście się sprawdziły, a wniesienie Wfa do WestLB było z mikroekonomicznego punktu widzenia jedyną drogą do osiągnięcia powyższych efektów synergii. Ponadto sposób osiągania efektów synergii należy do wolności podejmowania działań gospodarczych przez kraj związkowy, chronionej przez art. 295 Traktatu WE.

(139) Niemcy zwrócili ponadto uwagę, iż WestLB zapłacił w 1992 roku 33 mln DEM (17 mln EUR) za istniejące i przyszłe roszczenia emerytalne pracowników Wfa, co zmniejszyło przyszłe koszty Wfa. Koszty te będą amortyzowane w księgach WestLB przez 15 lat kwotą 1,6 mln DEM (0,8 mln EUR) rocznie.

3. ZWOLNIENIA PODATKOWE

(140) Zwolnienie Wfa z podatku majątkowego, podatku od kapitału na działalność gospodarczą oraz z podatku od osób prawnych wynika z niemieckiego systemu podatkowego. Wfa oraz inne przedsiębiorstwa publicznoprawne są zwolnione z podatków, ponieważ nie konkurują z instytucjami finansowymi płacącymi podatki, lecz zostały założone przez państwo w celu wypełnienia określonych funkcji wspierających. Dzięki kwotom zaoszczędzonym ze zwolnienia podatkowego, państwo może udostępnić

mniej środków wspierających na działalność Wfa. WestLB płaci podatki od swoich wszystkich dochodów (a więc także od dochodów z działalności komercyjnej, zabezpieczonej przez kapitał własny Wfa) w pełnej wysokości i nie odnosi żadnych korzyści finansowych ze zwolnienia podatkowego Wfa, ponieważ w ten sposób nie zwiększa się kwota uznana za kapitał podstawowy. Nawet jeśli zwolnienie podatkowe skutkowało podwyższeniem uznanego kapitału, bank WestLB nie odniósłby z tego tytułu korzyści, ponieważ musiałby w takiej sytuacji zapłacić odpowiednie wynagrodzenie za kwotę różnicy.

(141) Jeśli chodzi o podatek majątkowy oraz od kapitału na działalność gospodarczą, to aktywa można opodatkować tylko jednokrotnie tam, gdzie są one bezpośrednio zaangażowane. Ponieważ na tym poziomie bezpośredniego zaangażowania, a więc w funduszu wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego, masa majątkowa Wfa jest zwolniona z podatku, nie może być ona podstawą opodatkowania, jeśli użyje się jej w inny, wtórny sposób. Byłoby to niezgodne z systematyką niemieckiego prawa podatkowego. Podobnie rzecz się ma z włączeniem prywatnej instytucji zwolnionej z podatku do banku prywatnego. Nie mamy tutaj do czynienia z pomocą państwa, gdyż powyższe zwolnienia podatkowe WestLB nie stanowiły dla tego banku bezpłatnej korzyści majątkowej. Ponadto podatku od kapitału z działalności gospodarczej oraz podatku majątkowego nie pobiera się od roku 1997, względnie 1998, gdyż zostały one uznane przez Federalny Trybunał Konstytucyjny za sprzeczne z konstytucją.

4. UMRZENIE ZOBOWIĄZAŃ

(142) Niemcy uważają, że dzięki zwolnieniu z obowiązku poręczenia, uniknie się sytuacji ciągłego zmniejszania się funduszu wspierającego rozwój budownictwa mieszkaniowego kraju związkowego z powodu corocznie powstających zobowiązań. Rezygnacja nie zmniejsza majątku kraju związkowego, ponieważ w przypadku likwidacji Wfa otrzymałby on odpowiednio większy majątek ze wsparcia rozwoju budownictwa mieszkaniowego. Ponieważ zniesione zobowiązania Wfa stałyby się wymagalne wyłącznie w sytuacji likwidacji, zwolnienie z obowiązku ponoszenia odpowiedzialności nie zmienia ogólnej pozycji ekonomicznej kraju związkowego. W rzeczywistości kraj związkowy zrezygnował jedynie z roszczenia w stosunku do siebie samego.

(143) Umrzenie zobowiązań zostało uwzględnione przez BAKred przy wycenie kapitału obowiązkowego Wfa, a na tej podstawie WestLB płaci odpowiednie wynagrodzenie. Zatem WestLB nie odniosło żadnych korzyści finansowych dzięki zniesieniu obowiązku poręczenia.

5. UWAGI ODNOŚNIE DO STANOWISKA ZAINTERESOWANYCH STRON

(144) Odnośnie do uwag obu zrzeszeń banków Niemcy stwierdziły, że ogólne zarzuty nie zostały poparte konkretnymi faktami lub skargami instytucji kredytowych na działalność WestLB na rynkach. W jednym z powyższych stanowisk podniesiono kwestię poręczeń państwowych Anstaltslast oraz Gewährträgerhaftung, które nie mają związku z tym przypadkiem i powinny być rozważone odrębnie.

- (145) Jeśli chodzi o stanowisko BdB, Niemcy zwracają uwagę, że wniesienie Wfa nie było pochoptną decyzją, lecz skutkiem długoterminowych, strategicznych przemyśleń, szczególnie w kwestii wzrostu wydajności Wfa. Wśród orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości nie pojawił się przypadek uznania inwestycji państwa w przedsiębiorstwo przynoszące zyski za pomoc państwa. Przypadek, który przywołało BdB dotyczył przedsiębiorstw przynoszących straty. Ponieważ WestLB od swojego powstania zawsze przynosił zyski, nie można w tym przypadku zastosować zasady inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej. Podparte jest to orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, który tej zasady nigdy nie odnosił do zdrowych i przynoszących zyski przedsiębiorstw. Prywatny inwestor nie bierze pod uwagę tylko oczekiwanego zysku z kapitału, lecz również inne strategiczne czynniki. W przypadku pomocy państwa na ratowanie lub restrukturyzację przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę inne kwestie, niż w przypadku podwyższenia kapitału przedsiębiorstwa przynoszącego zyski. Inwestycji państwa nie można po prostu ocenić pod kontem osiągnięcia średniej rentowności dla danej branży. W przeciwnym razie każda inwestycja państwa w bank o rentowności poniżej średniej uznawana byłaby za pomoc państwa, podczas gdy jednocześnie prywatni inwestorzy inwestują w to samo przedsiębiorstwo. Inwestorzy podejmują decyzję nie według średniej branżowej, lecz mając na uwadze przyszłe zyski.
- (146) Przepisy o pomocy państwa umożliwiają jedynie sprawdzenie warunków wniesienia majątku Wfa, a nie szczególne cechy majątku Wfa, które chroni art. 295 Traktatu WE. Szczególny charakter majątku Wfa chroniony jest przez powyższy artykuł, dlatego wniesionego kapitału Wfa nie można porównać z normalnym wniesieniem płynnego kapitału własnego. Także fundacja prywatnoprawna mogłaby zostać użyta w podobny sposób jak Wfa, przy czym celowe przeznaczenie dochodów nie zostałoby w ten sposób naruszone.
- (147) W kwestii profilu ryzyka kapitału Wfa należy rozróżnić między krajem związkowym w roli właściciela WestLB oraz w roli inwestora rezerwy specjalnej Wfa. Jako inwestor Wfa kraj związkowy ponosi mniejsze ryzyko, ponieważ udziałowcy WestLB uzgodnili, że szczególna rezerwa wewnętrznie odpowiada wyłącznie w drugiej kolejności. Ryzyko ponoszone przez kraj związkowy w charakterze inwestora Wfa ogranicza się do przetransferowanej masy majątkowej, jak twierdzi BdB.
- (148) Niemcy twierdzą, iż przedstawione przez BdB (oraz wynikające z ekspertyzy niezależnego biegłego) obliczenia zysku z kapitału zawierają błędy i opierają się w swoich twierdzeniach na ekspertyzie biegłych sporządzonej na zlecenie WestLB. Według tej ostatniej ekspertyzy biegłych główne błędy polegają na niewłaściwej metodzie obliczeń (średnia arytmetyczna zamiast średniej geometrycznej, wskaźnik compound annual growth rate) oraz na odniesieniu do niewłaściwych okresów inwestycyjnych. Po skorygowaniu powyższych błędów, rentowność prywatnych dużych banków niemieckich spada z 16,86 % przed opodatkowaniem do 7,0 %. Także pięć niemieckich banków prywatnych, wybranych do obliczenia wartości do porównania, nie da się porównać z WestLB z powodu innych głównych punktów ciężkości ich działalności. Przy przeprowadzeniu obliczeń z uwzględnieniem porównywalnych banków zysk z kapitału własnego spadł do 5,8 %. Ponadto ekspertyza BdB uwzględnia niereprezentatywny okres od 1982 do 1992 roku, który obejmuje dwie hossy giełdowe. Przy wzięciu pod uwagę krótszego okresu zysk z kapitału byłby jeszcze niższy.
- (149) Niemcy odpierają argumentację BdB, że nie powstały koszty refinansowania z powodu braku płynności, ponieważ w trakcie zdyskontowania wartości nominalnej majątku Wfa uwzględniono już powyższą wadę płynności. Zdaniem Niemców zdyskontowanie nie ma nic wspólnego z powyższym aspektem płynności, lecz jedynie z faktem, że majątek Wfa składa się przede wszystkim z nieoprocentowanych oraz niskoprocentowanych długoterminowych aktywów i pasywów. Niemcy odrzucają także argument, że nawet przy założeniu kosztów refinansowania uzasadnione byłoby jedynie niskie potrącenie z zysku z kapitału w wysokości 2,7 % przed opodatkowaniem. Przedłożona przez BdB ekspertyza biegłego jest błędna, gdyż zyski banku z transakcji bankowych zostały powiększone o zyski inwestora zewnętrznego w niedozwolony sposób. Ekspertyza przedłożona przez BdB zakłada zyski brutto, a poprawnie powinny zostać porównane zyski netto. Rząd niemiecki przedłożył własną ekspertyzę sporządzoną przez niezależną firmę doradczą.
- (150) Efekty synergii powstały jedynie po stronie Wfa, a nie wewnątrz WestLB, ponieważ skończono z wykonywaniem podwójnej pracy oraz zlikwidowano równoległe jednostki administracyjne (przeniesienie wcześniejszego działu budownictwa mieszkaniowego WestLB). Efekty synergii powstały zatem zupełnie niezależnie od ekonomicznego, organizacyjnego i personalnego oddzielenia Wfa od WestLB. Spowodowały one, że kraj związkowy mógł zmniejszyć środki dla Wfa, i były bezpośrednim skutkiem wniesienia Wfa do WestLB.
- (151) Różnica między wykazaniem rezerwy specjalnej Wfa w bilansie oraz kwotą uznaną przez BAKred zgodnie z przepisami nadzoru bankowego została wyraźnie zakomunikowana osobom trzecim. Z punktu widzenia wierzyciela kapitał nieuznany przez nadzór bankowy nie ma jakości gwarancyjnej. Tylko ta część, którą WestLB może użyć do zabezpieczenia działalności bankowej, jest dla banku atrakcyjna ekonomicznie, dlatego kraj związkowy nie może żądać wynagrodzenia za pozostałą kwotę.
- (152) Zwolnienie z wierzytelności Wfa zostało uwzględnione w trakcie wyceny majątku Wfa przez BAKred i na tej podstawie WestLB płaci wynagrodzenie. Zwolnienie Wfa ze zobowiązania gwarancyjnego nie wpłynęło na ogólną pozycję ekonomiczną kraju związkowego. Zwolnienie podatkowe także nie stanowi korzyści dla banku WestLB.

**V. POROZUMIENIE MIĘDZY BDB, KRAJEM
ZWIĄZKOWYM NADRENIA PÓŁNOCNĄ-WESTFALIA
A WESTLB**

- (153) W dniu 13 października 2004 r. roku główny skarżący BdB, kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia oraz WestLB AG przekazały Komisji porozumienie dotyczące postępowania odnośnie do pomocy państwa na rzecz banku WestLB. Niezależnie od nadal istniejących zasadniczych poglądów prawnych stron porozumienia, ustaliły one, co uznają za właściwe parametry pozwalające na określenie odpowiedniego wynagrodzenia oraz za odpowiednie wynagrodzenie. Strony zwróciły się do Komisji z prośbą o uwzględnienie wyników porozumienia przy podejmowaniu decyzji.
- (154) Strony określiły najpierw na podstawie modelu wyceny aktywów kapitałowych (capital asset pricing model – CAPM) oczekiwane minimalne wynagrodzenie za hipotetyczną inwestycję w kapitał zakładowy WestLB w danym momencie wniesienia kapitału. Odpowiednie najniższe wynagrodzenie za część kapitału Wfa, który BAKred uznał za kapitał podstawowy, a którego Wfa nie użyła do zabezpieczenia własnej działalności związanej ze wspieraniem rozwoju budownictwa mieszkaniowego, powinno wynosić 10,19 % p.a.
- (155) Przy obliczeniu minimalnego wynagrodzenia uwzględniono długoterminowe stopy procentowe bezpiecznych papierów wartościowych obliczone przez banki krajowe przy zastosowaniu REX10 performance index niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG) oraz współczynniki beta wyliczone na podstawie zleconej przez banki krajowe ekspertyzy KPMG z dnia 26 maja 2004 r. WestLB uzyskał wynik podstawowej stopy procentowej bezpiecznych papierów wartościowych w wysokości 7,15 % w momencie wniesienia. Za współczynnik beta przyjęto na podstawie ekspertyzy KPMG w momencie wniesienia wartość w wysokości 0,76. Rynkowa premia za ryzyko została ustalona jednolicie w wysokości 4 %.
- (156) Wyjściowa stopa procentowa w wysokości 10,16 % (na dzień 1 stycznia 1991 r.) została obliczona w następujący sposób: stopa procentowa bezpiecznych papierów wartościowych 7,15 % + (ogólna rynkowa premia za ryzyko 4,0 % x współczynnik beta 0,76).
- (157) W ten sposób określono potrącenie za brak płynności majątku celowego. Wymieniona stopa procentowa bezpiecznych papierów wartościowych w wysokości 7,15 % jako koszty refinansowania brutto została ryczałtowo uznana za podstawę. Do obliczenia miarodajnych kosztów refinansowania netto zryczałtowano rzeczywiste obciążenie podatkowe WestLB w odniesieniu do momentu wniesienia w wysokości 50 %, co daje potrącenie w wysokości 3,57 %.
- (158) Ostatecznie dopłata wynosi 0,3 % z powodu braku emisji praw do głosu.
- (159) Ustalone całe odpowiednie wynagrodzenie za majątek celowy wynosi 6,92 % (po opodatkowaniu) za tę część kapitału Wfa, którą BAKred uznał za kapitał podstawowy,

a Wfa nie użyło do zabezpieczenia własnej działalności związanej ze wspieraniem rozwoju budownictwa mieszkaniowego.

- (160) Strony zgadzają się, że wraz z wdrożeniem modelu matka-córka w dniu 1 stycznia 2002 roku nie mamy do czynienia z pomocą państwa związaną z wniesieniem Wfa.

VI. OCENA PODJĘTEGO DZIAŁANIA

- (161) Dla dokonania oceny działania na podstawie postanowień Traktatu WE dotyczących pomocy państwa należy najpierw zbadać, czy zastosowany środek stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ustęp 1 Traktatu WE.

**1. ZASOBY PAŃSTWOWE ORAZ SPRZYJANIE
OKREŚLONEMU PRZEDSIĘBIORSTWU**

- (162) Wfa była instytucją prawa publicznego, której jedynym udziałowcem był kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia, a jej główne zadanie polegało na wspieraniu rozwoju budownictwa mieszkaniowego poprzez udzielanie niskoprocentowanych i nieoprocentowanych pożyczek. Kraj związkowy gwarantował całość jej zobowiązań do zapewnienia płynności (Anstaltslast) i w ramach nieograniczonej odpowiedzialności udziałowców za zobowiązania (Gewährträgerhaftung). Główne źródło finansowania Wfa, czyli majątek budownictwa mieszkaniowego kraju związkowego, pochodził z corocznie wnoszonych środków z budżetu kraju związkowego oraz z przychodów z odsetek od pożyczek mieszkaniowych.
- (163) Jeśli taki majątek państwowy o wartości komercyjnej przekazywany jest jakiemś przedsiębiorstwu bez wystarczającego wynagrodzenia, jest oczywiste, że mamy do czynienia z zasobami państwowymi w rozumieniu art. 87 ustęp 1 Traktatu WE.
- (164) Badając czy przeniesienie zasobów państwowych na dane przedsiębiorstwo publiczne sprzyja mu, oraz czy stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ustęp 1 Traktatu WE, Komisja stosuje zasadę „inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej”. Trybunał zaakceptował tę zasadę w szeregu orzeczeń (oraz ją rozwinął). Ocena zgodnie z powyższą zasadą została przedstawiona w punkcie 3. Jeśli mamy do czynienia z pomocą państwa, wówczas WestLB, tzn. przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 87 ustęp 1 Traktatu WE, uzyskało jednoznacznie wsparcie.
- 2. ZAKŁÓCENIE KONKURENCJI ORAZ WPŁYW NA
WYMIANĘ HANDLOWĄ MIĘDZY PAŃSTWAMI
CZŁONKOWSKIMI**
- (165) Wskutek liberalizacji usług finansowych oraz integracji rynków finansowych sektor bankowy na obszarze Wspólnoty narażony jest coraz bardziej na zakłócenia konkurencji. Sytuacja ta zaostrza się obecnie jeszcze w ramach unii gospodarczo-walutowej, która ma przyczynić się do zniesienia istniejących przeszkód konkurencyjnych na rynkach usług finansowych.
- (166) Zgodnie ze sprawozdaniem z działalności za rok 1997 bank WestLB uważa się za bank uniwersalny, działający na

arenie międzynarodowej oraz bank centralny dla kas oszczędnościowych i bank publiczno-komunalny. Określa się on jako grupę banków europejskich obsługujących dużych klientów w najważniejszych finansowo-gospodarczych miejscach świata. Punktem ciężkości działalności zagranicznej jest Europa, gdzie bank posiada spółki zależne, oddziały i przedstawicielstwa we wszystkich ważniejszych krajach. Na całym świecie koncern WestLB reprezentowany jest w ponad 35 krajach.

- (167) Pomimo nazwy, tradycji i zadań uregulowanych ustawowo WestLB nie jest bankiem lokalnym, czy też regionalnym. Obecność tego banku w Europie oraz na rynkach międzynarodowych opisano już w części II pkt 1. Transakcje realizowane za granicą stanowiły 48 % nieskonsolidowanych zysków w roku 1997. Zgodnie z informacjami ze sprawozdania z działalności za rok 1997 bank osiągnął w tym roku wzrost głównie z rozszerzenia działalności zagranicznej.
- (168) WestLB świadczy usługi bankowe, konkurując z innymi bankami europejskimi spoza Niemiec oraz na terenie Niemiec, ponieważ banki z innych państw europejskich prowadzą swoją działalność w Niemczech. Powyższe zostało podparte uwagami zrzeszeń banków dwóch Państw Członkowskich. Z uwagi na taką sytuację ustalono, że pomoc udzielana WestLB zakłóca konkurencję oraz wpływa negatywnie na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.
- (169) Należy także zwrócić uwagę, że między kapitałem własnym instytucji kredytowej a jego działalnością bankową istnieje ścisły związek. Wyłącznie dzięki wystarczającej ilości uznanego kapitału własnego bank może działać i rozszerzać działalność komercyjną. Ponieważ WestLB został wyposażony dzięki przekazanim środkom państwowym w kapitał własny mający wpływ na wypłacalność, miało to pośredni wpływ na możliwości transakcyjne banku.

3. ZASADA INWESTORA DZIAŁAJĄCEGO ZGODNIE Z REGULAMI GOSPODARKI RYNKOWEJ

- (170) Komisja stosuje zasadę „inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej”, aby ocenić czy działanie dotyczące kapitału powzięte przez publicznego udziałowca danego przedsiębiorstwa stanowi pomoc państwa. Powyższą zasadę Komisja zastosowała w wielu przypadkach, a Trybunał Sprawiedliwości zaakceptował ją w wielu orzeczeniach i rozszerzył⁽¹⁾. Pozwala ona Komisji wziąć pod uwagę szczególne warunki każdego przypadku, przykładowo określone strategii spółki holdingowej lub grupy przedsiębiorstw, a także rozróżnić krótko- i długofalowe interesy danego inwestora. Zasada inwestora

działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej znalazła zastosowanie również w niniejszym przypadku.

- (171) Zgodnie z powyższą zasadą nie uznaje się za pomoc państwa, jeśli środki kapitałowe zostały udostępnione na warunkach, „na których prywatny inwestor, działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej byłby gotowy, przekazać te środki prywatnemu przedsiębiorstwu”⁽²⁾. Szczególnie uznaje się, że środek finansowy jest nie do zaakceptowania przez inwestora działającego zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej, jeśli sytuacja finansowa przedsiębiorstwa nie pozwala spodziewać się normalnego zysku (w formie dywidend lub przyrostu wartości) w odpowiednim terminie⁽³⁾.
- (172) Oczywiście Komisja jest zobowiązana oprócz ocenę konkretnego przypadku na danych, które były dostępne dla inwestora w momencie podejmowania decyzji o kwestionowanym środku finansowym. Właściwe instytucje publiczne podjęły decyzję o transferze Wfa w roku 1991. Komisja jest zobowiązana ocenić transakcję na podstawie wówczas dostępnych danych oraz sytuacji gospodarczej i rynkowej. Dane dotyczące powyższej decyzji, odnoszące się do lat późniejszych, znajdują zastosowanie wyłącznie w celu pokazania skutków transferu na sytuację WestLB a nie do uzasadnienia lub zakwestionowania transakcji po fakcie.
- (173) Niemcy przypomnieli Komisji, że jest zobowiązana ocenić przypadek na podstawie sytuacji w momencie podjęcia decyzji o transferze, tzn. pod koniec roku 1991 oraz pominąć późniejszy rozwój sytuacji. Mogłoby to oznaczać, że Komisja nie byłaby w stanie uwzględnić ani faktu, iż tylko 4 mld DEM (2,05 mld EUR) zostały uznane przez BAKred za kapitał podstawowy, zamiast wnioskowanych 5,9 mld DEM (3,02 mld EUR), ani tego, że w roku 1993 uzgodniono wynagrodzenie w wysokości 0,6 %. W momencie transferu nie ustalono wysokości wynagrodzenia, pomimo iż kraj związkowy i WestLB były zgodne co do wartości Wfa w wysokości 5,9 mld DEM (3,02 mld EUR). Komisja uznaje zatem za właściwe, przy ocenie transakcji uwzględnić także sytuację istniejącą w momencie ostatecznego ustalenia wynagrodzenia.
- (174) Komisja nie zgadza się ze zdaniem Niemiec oraz banku WestLB, że zasada inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej nie znajduje zastosowania w przypadku zdrowego i przynoszącego zyski przedsiębiorstwa oraz, że powyższe wynika z orzecznictwa Trybunału. Fakt, że ta zasada znajdowała dotychczas zastosowanie głównie w przypadku przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji, nie ogranicza jej zastosowania do tej kategorii przedsiębiorstw.
- (175) Pomoc na restrukturyzację dla przedsiębiorstw może zostać przyznana wyłącznie, jeśli plan restrukturyzacji prowadzi do odzyskania możliwości funkcjonowania przedsiębiorstwa, tzn. do „normalnego” zysku z kapitału, dzięki któremu dane przedsiębiorstwo może działać samo-

(1) Patrz na przykład wyrok w sprawie C-303/88, Włochy przeciwko Komisji, Zb. Orz. 1991, I-1433 oraz C-305/89, Włochy przeciwko Komisji, Zb. Orz. 1991, I-1603.

(2) Komunikat Komisji do Państw Członkowskich: Stosowanie art. 92 i 93 Traktatu WE oraz art. 5 dyrektywy Komisji 80/723/EWG w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między Państwami Członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, Dz.U. 307 z 13.11.1993, patrz nr 11. W niniejszym komunikacie chodzi wprawdzie wyraźnie o przemysł przetwórczy, jednakże zasada ma zastosowanie niewątpliwie także do wszystkich pozostałych branż gospodarczych. Jeśli chodzi o świadczenia finansowe, Komisja podkreśliła powyższe kilkoma decyzjami, m. in. w sprawie Crédit Lyonnais (Dz.U. L 221 z 8.8.1998, str. 28) i GAN (Dz.U. L 78 z 16.3.1998, str. 1).

(3) Udziały sektora publicznego w kapitale przedsiębiorstw – stanowisko Komisji, biuletyn WE 9-1984, str. 93f.

dzielnie, ponieważ „rynkowy” zysk z kapitału jest do zaakceptowania przez inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej. W podobnych rozpatrywanych przez Trybunał przypadkach, nigdy nie zakwestionował on, że Komisja zażądała nie tylko pokrycia kosztów lub symbolicznego zysku z kapitału, lecz pełnego, „rynkowego” zysku z kapitału.

(176) Nie ma takiej reguły, zgodnie z którą to, że przedsiębiorstwo osiąga zysk, od początku wykluczałoby możliwość, że wniesienie kapitału stanowi pomoc państwa. Nawet jeśli przedsiębiorstwo osiąga zyski, inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej mógłby zrezygnować z (dalszego) wnoszenia kapitału, jeśli nie może spodziewać się odpowiedniego zysku (w formie dywidend lub przyrostu wartości) z zainwestowanego kapitału. Jeśli przedsiębiorstwo w momencie inwestycji nie uzyskuje oczekiwanego właściwego zysku z kapitału, wówczas inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej zażądałby działań mających na celu zwiększenie zysku z kapitału. Zasada inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej znajduje zastosowanie w taki sam sposób do wszystkich publicznych przedsiębiorstw, niezależnie od faktu, czy przynoszą one zysk czy straty.

(177) To, czy prawdopodobny zysk z kapitału jest odpowiedni, zależy od tego, czego może oczekiwać inwestor działający na zasadach rynkowych z porównywalnych inwestycji o porównywalnym ryzyku. Przedsiębiorstwo wykazujące trwale złe wyniki oraz nie wykazujące poprawy w dłuższym czasie z oczywistych względów nie jest w stanie kontynuować prowadzonej działalności. Nowi inwestorzy nie odpowiedzialiby na potrzeby kapitałowe przedsiębiorstwa, a obecni inwestorzy zdecydowaliby ostatecznie o wycofaniu i ulokowaniu własnego kapitału w bardziej rentowny sposób, w razie konieczności ponosząc w ten sposób straty. W komunikacie do Państw Członkowskich o stosowaniu uregulowań dotyczących pomocy państwowej dla przedsiębiorstw publicznych Komisja zwróciła uwagę na to, że określi sytuację finansową przedsiębiorstwa w danym momencie, w którym przewidziane jest dokapitalizowanie, po porównaniu zachowania państwa z zachowaniem inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej, „szczególnie w przypadkach, w których przedsiębiorstwo nie ponosi strat”⁽¹⁾.

(178) Ponadto należałoby się zastanowić, czy „zdrowe i przynoszące zyski przedsiębiorstwo” nie powinno posiadać tej samej rangi co przedsiębiorstwo, które nie ponosi strat. Przedsiębiorstwa wykazującego tylko nieznaczne zyski lub nie wykazującego ani strat, ani zysków, nie można właściwie uznać za zdrowe i przynoszące zyski. Na pewno trudno określić „średnią rentowność”, gdyż zależne jest to od całego szeregu czynników, np. od ryzyka w branży, w której działa przedsiębiorstwo. Jednakże przedsiębiorstwa, które przez pewien okres wykazywały zysk poniżej zysku przedsiębiorstw o porównywalnej strukturze ryzyka, jak wcześniej wspomniano, w perspektywie długoterminowej zostałyby wyparte z rynku. Stanowisko Niemiec i WestLB doprowadziłoby do sytuacji, w której państwo, nie uwzględniając reguł dotyczących pomocy państwa zawartych w Traktacie WE, mogłoby inwestować w przedsiębiorstwa osiągające zysk roczny w wysokości 1 EUR.

(179) Zadaniem Komisji nie jest natychmiastowe wszczynanie procedury, jeśli przedsiębiorstwo publiczne wykazuje rentowność poniżej przeciętnej. Przejściowo nawet prywatne przedsiębiorstwa wykazują rentowność poniżej średniej (jest logiczne, że są odstępstwa od wartości średniej w obie strony). Normalne przedsiębiorstwo rynkowe próbowałoby w takiej sytuacji – zwiększyć swoją rentowność i podjąć działania restrukturyzacyjne oraz inne, aby taka sytuacja nie przerodziła się w sytuację trwałą. Inwestorzy rynkowi oczekują, że odpowiednie działania zostaną podjęte.

(180) Należy także rozróżnić, jak wspomniano powyżej, między obecnymi oraz nowymi inwestycjami, ponieważ sytuacja wyjściowa – choć nie podstawowe zasady – jest różna dla poszczególnych decyzji inwestycyjnych. W przypadku istniejącej inwestycji inwestor byłby bardziej skłonny do zaakceptowania krótkoterminowo niższego (czy nawet negatywnego) zysku z kapitału, jeśli liczy się on z poprawą sytuacji. Inwestor mógłby także zwiększyć inwestycję w przedsiębiorstwo wykazujące niską rentowność, jednakże nie zdecydowałby się on na taki krok, jeśli nie spodziewałby się w dłuższej perspektywie poprawy sytuacji oraz odpowiedniego zysku z kapitału. Z kolei jeśli oczekuje on, że stosunek ryzyka do zysku z kapitału wypadnie gorzej niż w porównywalnych przedsiębiorstwach, wówczas rozważy rezygnację z inwestycji. W przypadku nowej inwestycji inwestor byłby raczej mniej skłonny od początku do zaakceptowania niższej rentowności.⁽²⁾ Jak już nadmieniono, w przypadku wszystkich decyzji zasady są takie same: długoterminowo oczekiwany zysk z inwestycji (biorąc pod uwagę ryzyko oraz inne wskaźniki) musi być przynajmniej tak samo wysoki jak zysk z porównywalnych inwestycji. Jeśli tak nie jest, przedsiębiorstwo nie będzie w stanie pozyskać odpowiednich środków, a więc w dłuższej perspektywie czasu nie będzie w stanie kontynuować swojej działalności.

(181) Zdaniem WestLB można pominąć kwestię, czy w ostatnich latach przed transferem bank wykazywał średnie zyski, pod warunkiem że uzgodniono odpowiednie, stałe wynagrodzenie oraz że rentowność jest wystarczająca, aby wynagrodzenie było wypłacane długoterminowo. Niniejszą opinię należy zasadniczo zaakceptować. Jednakże należałoby także rozważyć, że długoterminowa zdolność przedsiębiorstwa do prowadzenia działalności zależy od osiągnięcia przez przedsiębiorstwo średniego zysku z kapitału własnego.

(182) Biorąc pod uwagę prawdopodobne zachowanie inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej nie ma znaczenia, że także inne banki były zmuszone do pozyskiwania dodatkowego kapitału w odpowiedzi na bardziej restrykcyjne przepisy dyrektywy w sprawie wskaźnika wypłacalności. Dyrektywa nie zobowiązuje banków do pozyskiwania dodatkowego kapitału. Ustala ona tylko minimalny wskaźnik kapitału do aktywów ważonych ryzykiem, a więc przedstawia prawne przypuszczenie, jaka kwota jest potrzebna, aby bank mógł prowadzić działalność.

⁽¹⁾ Dz.U. C 307 z 13.11.1993, str. 3, patrz punkt 37.

⁽²⁾ Nie można twierdzić, że na rynku dokonuje się inwestycji wyłącznie w przedsiębiorstwa przynoszące zyski. Inwestycje obciążone wysokim ryzykiem, np. w przedsiębiorstwa stosujące nowe i innowacyjne technologie, są często spotykane. Jednak także w takich sytuacjach inwestor wnosi swój kapitał odpowiednio do swoich oczekiwań, tzn. sprawdza, czy jest w stanie wyrównać początkowe straty oraz istniejące ryzyka dzięki późniejszym zyskom. Także w przypadku inwestycji tego typu punktem odniesienia jest oczekiwany długoterminowy zysk.

ność. To znaczy, że inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej prawdopodobnie zaleciłby swojemu bankowi restrukturyzację profilu ryzyka, w celu wypełnienia nowych przepisów dotyczących wypłacalności, zamiast podnosić kapitał banku. W ten sposób wartość transakcji banku zostałaby bezpośrednio zmniejszona, co nie pozostałoby bez wpływu na jego obecność na rynkach.

- (183) Jeśli publiczny udziałowiec podejmie decyzję, że dokapitalizowanie banku jest właściwe dla sprostania wymogom dotyczącym kapitału własnego, pojawia się pytanie, czy szczególne warunki, na których udostępniany jest kapitał, byłyby do zaakceptowania przez inwestora działającego według zasad gospodarki rynkowej. Jeżeli interwencja kapitałowa byłaby konieczna do wypełnienia wymogów dotyczących wypłacalności, inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej mógłby być skłonny do podjęcia tego działania, aby utrzymać wartość już poczynionych inwestycji. Jednakże wymagałby on odpowiedniego zysku z wniesionego nowego kapitału. Prawdopodobnie inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej spodziewałby się wyższego zysku z inwestycji kapitałowej w banku, którego rezerwy kapitałowe skończyły się i koniecznie potrzebuje on nowego kapitału, ponieważ taka sytuacja stanowi dla niego wyższe ryzyko.
- (184) Z punktu widzenia „zasady inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej” pojawia się główne pytanie, czy ten inwestor udostępniłby bankowi WestLB kapitał charakteryzujący się szczególnymi cechami majątku Wfa na takich samych zasadach, szczególnie w odniesieniu do prawdopodobnego zysku z inwestycji. Powyższa kwestia zostanie niniejszym sprawdzona.
- a) ART. 295 TRAKTATU WE
- (185) Zdaniem Niemiec kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia nie musiał brać pod uwagę prywatyzacji WestLB, aby zwiększyć kapitał podstawowy, lecz mógł zasadniczo dowolnie zdecydować o przeniesieniu Wfa do WestLB w celu osiągnięcia efektów synergii, kraj związkowy nie był także zobowiązany zgodnie z prawem wspólnotowym rozważyć wniesienie Wfa do prywatnej instytucji kredytowej. Z powyższą opinią można się zgodzić. Niemcy uważają ponadto, że publicznoprawne zadania Wfa wypełniane są w interesie ogólnym i że Wfa nie podlega z tego powodu nadzorowi Komisji zgodnie z art. 295.
- (186) Jak długo instytucje publiczne wypełniają wyłącznie zadania publiczne i nie podejmują konkurencji z przedsiębiorstwami komercyjnymi, nie mają do nich zastosowania reguły dotyczące konkurencji. Sytuacja wygląda inaczej, jeśli wywierają one wpływ na konkurencję. Artykuł 86 ustęp 2 Traktatu WE mówi, jak należy postąpić w sytuacji, w której trzeba odstąpić od reguł konkurencji dla zapewnienia usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym. Artykuł 86 ustęp 2 Traktatu WE zostanie omówiony w części V pkt 6. Z drugiej strony Traktat nie przesądza zgodnie z art. 295 zasad prawa własności w poszczególnych Państwach Członkowskich, co jednakże nie usprawiedliwia naruszeń reguł konkurencji Traktatu.
- (187) Niemieckie władze oraz WestLB zwracają uwagę na to, że z powodu przeznaczenia celowego majątku Wfa

przewidzianego w ustawie o wspieraniu rozwoju budownictwa mieszkaniowego, nie można by tych środków spożytkować w inny, bardziej rentowny sposób niż poprzez wniesienie do podobnej instytucji publicznoprawnej. Dlatego też transfer stanowił najbardziej sensowne, komercyjne zaangażowanie majątku. Każde wynagrodzenia za transfer, tzn. każdy dodatkowy zysk z kapitału Wfa, byłoby wystarczające, aby uzasadnić transfer z punktu widzenia „inwestora działającego zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej”. Powyższej argumentacji nie można przyjąć. Możliwe, że wniesienie Wfa do WestLB oraz wynikająca z tego możliwość dla WestLB spożytkowania części kapitału Wfa, aby spełnić kryteria wypłacalności, były najbardziej sensownym, ekonomicznym wykorzystaniem kapitału. Państwa Członkowskie mogą dobrowolnie używać pieniędzy publicznych na cele publiczne oraz wymagać w tym kontekście małego lub wręcz nie wymagać żadnego zysku. Komisja nie kwestionuje prawa Państw Członkowskich do tworzenia funduszy specjalnych dla wypełnienia zadań leżących w ogólnym interesie gospodarczym. Jednakże jeśli pieniądze publiczne oraz inne aktywa zostaną użyte na działalność komercyjną i zorientowaną na sprostanie konkurencji, należy stosować do nich reguły rynkowe. Oznacza to, że jeżeli państwo zdecyduje o przeznaczeniu określonego majątku (także) na cele komercyjne, powinno wymagać wynagrodzenia, które odpowiada wynagrodzeniu rynkowemu.

b) SPECYFIKA DZIAŁANIA

- (188) Władze krajowe zdecydowały się na specyficzną metodę zwiększenia kapitału, wykonując opisany transfer jako odpowiedź na zapotrzebowanie na dodatkowy kapitał podstawowy WestLB. Główna koncepcja polegała na tym, że instytucja kredytowa służąca dobru publicznemu i wypełniająca specjalne zadania (Wfa) zostanie połączona z normalnym bankiem komercyjnym, aby (z punktu widzenia kryteriów wypłacalności) spożytkować nadwyżkowy kapitał instytucji służącej dobru publicznemu na cele instytucji komercyjnej. Jednocześnie przeniesione aktywa służą swemu pierwotnemu celowi. Wybrano rozwiązanie „instytucji wewnątrz instytucji”, przy czym majątek Wfa tworzy niezależny i „zamknięty” obieg, w którym nadwyżki wypracowane przez Wfa wracają i pozostają w Wfa.
- (189) Komisja nie zna precedensów podwyższenia kapitału w drodze takiego „niepełnego połączenia”, jeżeli to byłoby istotne z punktu widzenia pomocy państwa. Zdaniem Komisji w sytuacji, gdy jedno z Państw Członkowskich decyduje się na powyższą konstrukcję, należy dokładnie zbadać, jakie skutki wywiera ona w sensie finansowym i gospodarczym na część instytucji działającą na zasadach konkurencji. Tylko w ten sposób można zapobiec użyciu konstrukcji nieprzejrzystych, mających na celu obejście reguł Traktatu WE dotyczących pomocy państwa. Należy ocenić, w jakim stopniu wniesienie kapitału, pomimo stworzenia oddzielnych obiegów, jest korzystne z ekonomicznego punktu widzenia dla komercyjnej części przedsiębiorstwa.
- (190) Złożoność przypadku oraz brak bezpośrednich porównywalnych transakcji na wolnym rynku sprawia, iż ocena jest dość trudna. Dlatego też Komisja przeznaczyła dużo czasu na zebranie informacji i analizę przypadku. Ponadto zleciła

ona zewnętrznyemu biegłemu sporządzenie ekspertyzy dotyczącej transakcji oraz wynagrodzenia, które można uznać za rynkowe. Wyłącznie na podstawie wszystkich dostępnych informacji oraz po dokładnym sprawdzeniu całego przypadku Komisja przedstawiła wnioski, do których doszła, i podjęła następującą decyzję.

c) BRAK ZMIANY STRUKTURY WŁASNOŚCIOWEJ

(191) Jeśli inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej wniesie do banku kapitał własny, żąda on w zamian odpowiedniego udziału w zysku banku. Drogą do zapewnienia powyższego jest adekwatna zmiana stosunków udziałowych. W ten sposób ma on odpowiedni udział w dywidendach banku oraz w możliwym jawnym i ukrytym wzroście wartości, będącym rezultatem większych możliwości uzyskania dochodu. Sposobem na zapewnienie odpowiedniego zysku z udostępnionego kapitału byłoby adekwatne podwyższenie udziału kraju związkowego w banku WestLB, jeśli całkowita rentowność banku odpowiada normalnemu zyskowi z inwestycji, którego oczekiwaby inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej. W ten sposób wyjaśnienie pytania, czy wynagrodzenie w wysokości 0,6 % jest odpowiednie, stałoby się niepotrzebne, jednakże kraj związkowy nie zdecydował się na taką procedurę.

(192) Zgodnie ze zdaniem władz niemieckich ponowny podział udziałów w banku WestLB był niemożliwy ze względu na szczególny charakter transakcji, przede wszystkim ze względu na zasadę zamkniętego obiegu oraz (tylko wewnętrznie ważnego) nadrzędnego prawa kraju związkowego do majątku netto Wfa w razie likwidacji WestLB, którą uzgodnili właściciele WestLB.

(193) W tej sytuacji kraj związkowy musiałby zgodnie z zasadą inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej zażądać odpowiedniego wynagrodzenia za wniesienie kapitału w innej formie. Jeśli natomiast kraj związkowy zrezygnuje z wynagrodzenia rynkowego, nie zachowuje się jak inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej oraz przysparza WestLB korzyści, która stanowi pomoc państwa.

d) KAPITAŁ PODSTAWOWY DO OBLICZENIA WYNAGRODZENIA

(194) Zdaniem Niemiec oraz banku WestLB ta tylko część uznanych kapitałów podstawowych, którą WestLB może użyć dla zabezpieczenia działalności komercyjnej, ma dla banku znaczenie gospodarcze i tylko za nią kraj związkowy może żądać wynagrodzenia. BdB twierdzi, że cała kwota w wysokości 5,9 mld DEM (3,02 mld EUR) jest obciążona ryzykiem i z tego powodu należy zapłacić od niej wynagrodzenie. Wysokość wynagrodzenia za uznany kapitał podstawowy w wysokości 4 mld DEM (2,05 mld EUR) powinna różnić się od wynagrodzenia za pozostałą kwotę w wysokości 1,9 mld DEM (970 mln EUR).

(195) Doradcy Komisji oparli swoją opinię na założeniu, iż wartość Wfa w momencie transferu majątku z kraju związkowego oraz banku WestLB wynosiła 5,9 mld DEM (3,02 mld EUR) oraz na założeniu, że inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej z tego właśnie

powodu zdecydowanie domagałby się wynagrodzenia, niezależnie od późniejszego rozwoju sytuacji, m. in. niezależnie od uznania kapitału (lub tylko jego części) za kapitał podstawowy przez BAKred. Dla ustalenia wynagrodzenia za inwestycję kapitałową decydujące znaczenia mają tylko warunki występujące w momencie podjęcia decyzji o inwestycji, a nie później występujące zdarzenia. Jednakże doradcy Komisji przyznają, że transakcja miałaby inny przebieg, gdyby została przeprowadzona na warunkach rynkowych.

(196) Zdaniem Komisji kolejność podejmowanych działań w ramach transferu może wskazywać w rzeczywistości na wynagrodzenie w takiej samej wysokości za cały kapitał wykazany w bilansie WestLB. Najpierw została podjęta i wykonana decyzja o transferze, a później złożono wnioski w BAKred o uznanie rezerwy specjalnej Wfa za kapitał podstawowy, natomiast wynagrodzenie zostało ustalone dopiero po prawie dwóch latach od podjęcia decyzji o transferze. Na warunkach rynkowych żaden bank nie zaakceptowałby jednak ujęcia majątku Wfa w księgach z wartością w wysokości 5,9 mld DEM (3,02 mld EUR) oraz uiszczenia od kwoty jednolitego wynagrodzenia, nie wyjaśnwszy najpierw, czy zostaną one uznane przez nadzór bankowy za kapitał podstawowy. Zewnętrzni eksperci Komisji również zwrócili szczególną uwagę na fakt, że inwestor działający rozsądnie nie podjąłby takich decyzji, tzn. nie zgodziłby się na dokapitalizowanie bez wcześniejszego uzgodnienia odpowiedniej metody ustalenia wynagrodzenia. Zdaniem Komisji można usprawiedliwić kolejność zdarzeń szczególną sytuacją niniejszego przypadku. Kraj związkowy posiadał długoletnie finansowe stosunki z bankiem oraz był jego głównym właścicielem. Liczba (tylko publicznych) udziałowców była mała, co oznaczało w praktyce, że potrzeba przejrzystości i upublicznienia była mniejsza, niż w przypadku przedsiębiorstwa posiadającego większą liczbę („zewnętrznych”) udziałowców lub notowanego na giełdzie. Z powodu tej szczególnej sytuacji możliwe było podjęcie decyzji o transferze majątku oraz ustalenie ostatecznego wynagrodzenia w momencie, gdy rzeczywiste przeznaczenie kapitału Wfa na komercyjną działalność banku już było znane.

(197) W celu określenia odpowiedniego wynagrodzenia należy rozróżnić między poszczególnymi częściami rezerwy specjalnej Wfa w zależności od jej przeznaczenia w banku WestLB. 5,9 mld DEM (3,02 mld EUR) zostało ujęte w bilansie WestLB jako kapitał własny. BAKred uznał 4 mld DEM (2,05 mld EUR) za kapitał podstawowy. Tylko 2,5 mld DEM (1,28 mld EUR) z tych środków umożliwiają WestLB rozszerzanie własnej działalności, i one powinny stanowić podstawę wynagrodzenia dla kraju związkowego. Pozostały uznany kapitał podstawowy w wysokości 1,5 mld DEM (770 mln EUR) został ujęty w bilansie, jest jednak przeznaczony na zabezpieczenie transakcji wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego Wfa. W bilansie ujęto 1,9 mld DEM (970 mln EUR), nie uznanych jednakże za środki własne, które mogą być użyte do spełnienia wymogów wypłacalności. Kwota wykazana w bilansie WestLB, której nie można przeznaczyć na rozszerzanie komercyjnej działalności WestLB wynosi 3,4 mld DEM (1,74 mld EUR).

(198) Jednakże kapitał własny ma znaczenie nie tylko dla nadzoru bankowego. Wysokość wykazanego w bilansie kapitału własnego informuje inwestorów o solidności banku i w ten sposób wpływa na warunki, na jakich bank może pozyskać kapitał obcy. Wbrew argumentom Niemiec i WestLB, wierzyciele i agencje ratingowe uwzględniają nie tylko uznane środki własne, lecz także ogólną sytuację gospodarczo-finansową banku. Uznane środki własne stanowią tylko część analizy, która jest podstawą oceny wypłacalności banku. Kwota w wysokości 5,9 mld DEM (3,02 mld EUR) została ustalona przez kraj związkowy oraz WestLB za prawdopodobną wartość, którą można by uzyskać w razie sprzedaży Wfa stronie trzeciej. Jeśli powyższe podejście nie byłoby właściwe, biegli rewidenci banku WestLB nie zaakceptowaliby pozostawienia go w bilansie. Kwota 4 mld DEM (2,05 mld EUR) zaakceptowana przez BAKred wynika z bardzo ostrożnej wyceny nadzoru bankowego. Należy zwrócić uwagę, iż także wycena przeprowadzona na zlecenie BAKred wykazała rozpiętość od 4 mld DEM (2,05 mld EUR) do 5,4 mld DEM (2,76 mld EUR). Potencjalny wierzyciel uzna z tego powodu całą kwotę w wysokości 5,9 mld DEM (3,02 mld EUR) jako zabezpieczenie jego pieniędzy, ponadto wpłynie ona również na poprawę zdolności kredytowej WestLB. Ten pozytywny skutek transferu majątku na wypłacalność banku stwierdzono także w wycenie Wfa, którą sporządzono w 1992 roku dla WestLB. Ponieważ kwota w wysokości 3,4 mld DEM (1,74 mld EUR) nie może zostać użyta na rozszerzenie działalności komercyjnej, lecz wpływa na poprawę wizerunku banku w oczach wierzycieli, jej funkcję ekonomiczną – nawet jeśli została ona wykazana w bilansie jako kapitał własny – można w tym kontekście porównać przynajmniej z gwarancją.

(199) W ten sposób kwota w wysokości 3,4 mld DEM (1,74 mld EUR) stanowi korzyść ekonomiczną dla WestLB, a inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej zażądałby za nią wynagrodzenia. Wynagrodzenie będzie zapewne niższe niż wynagrodzenie za część w wysokości 2,5 mld DEM (1,28 mld EUR), która stanowi dla WestLB większą korzyść, gdyż zgodnie z regułami wypłacalności może służyć także jako kapitał podstawowy na rozszerzenie działalności komercyjnej.

e) ODPOWIEDNIE WYNAGRODZENIE ZA KAPITAŁ

(200) Inwestycje finansowe o zróżnicowanej ekonomicznej jakości przynoszą różny zysk z kapitału. Badając, czy inwestycja może zostać zaakceptowana przez inwestora działającego zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej, należy wziąć pod uwagę szczególny ekonomiczny charakter kwestionowanego działania kapitałowego oraz wartość kapitału udostępnionego WestLB.

(201) Skarżący pierwotnie podnosił, że kwestionowana transakcja stanowi rodzaj poręczenia państwowego kraju związkowego Nadrenii Północnej-Westfalii za wiarygodność WestLB. WestLB wykazuje w bilansie przekazany kapitał jako kapitał własny, a BAKred uznał kwotę 4,0 mld DEM (2,05 mld EUR) za kapitał podstawowy w rozumieniu

dyrektywy o środkach własnych, przy czym 2,5 mld DEM (1,28 mld EUR) powyższej sumy bank WestLB mógł użyć do zabezpieczenia działalności komercyjnej. Spójna ocena działania kapitałowego zgodnie z art. 87 ustęp 1 Traktatu WE zakłada, że zostanie ono sklasyfikowane zasadniczo jako wniesienie kapitału oraz że wiązać się będzie z odpowiednim wynagrodzeniem. Tej samej transakcji kapitałowej nie można z punktu widzenia prawa o nadzorze bankowym uznać za podwyższenie kapitału i jednocześnie za poręczenie na podstawie przepisów Traktatu WE o pomocy państwa. Ta zasadnicza klasyfikacja nie wyklucza jednakże, że tę część kapitału, której WestLB nie może użyć tak, jak „zwykłego” kapitału własnego, Komisja porówna z poręczeniem z powodu jej szczególnego charakteru oraz do obliczenia odpowiedniego wynagrodzenia.

i) *Porównanie z innymi instrumentami kapitału własnego*

(202) Nie ma możliwości bezpośredniego porównania z innymi transakcjami, dlatego Niemcy twierdzą, że odpowiednie wynagrodzenie za udostępniony kapitał należy obliczyć poprzez porównanie transferu majątku z różnymi rynkowymi instrumentami kapitału własnego. W tym celu Niemcy przedłożyły ekspertyzy niezależnych biegłych, których wyniki zostały już przedstawione powyżej, i zgodnie z którymi kapitał Wfa najprościej można porównać z papierami wartościowymi uprawniającymi do udziału zyskach, z „perpetual preferred stock” i z cichymi udziałami.

(203) Ze względu na szczególny charakter transakcji trudno, zdaniem Komisji, porównać wniesienie Wfa do WestLB, z którymkolwiek wówczas istniejącym na rynku instrumentem. Jeśli nawet powyższa transakcja pod pewnymi aspektami jest podobna do niektórych instrumentów, to istnieje tak wiele różnic z każdym instrumentem, że jakiegokolwiek porównanie może być ważne tylko w zawężonym zakresie. Ponadto ekspertyzy przedłożone przez Niemcy nie są kompletne, ponieważ nie uwzględniono niektórych instrumentów, np. akcji bez prawa głosu.

(204) Należy zwrócić uwagę, że przy pomocy instrumentów, które Niemcy użyły w celach porównawczych, bank z reguły pozyskuje jedynie ograniczoną część środków własnych. Są to instrumenty uzupełniające, które uzupełniają „kapitał podstawowy” składający się przede wszystkim z kapitału podstawowego i otwartych rezerw. Dzięki przeniesieniu majątku Wfa bank WestLB zwiększył środki własne, które można użyć do wyliczenia współczynnika wypłacalności, z 5,09 mld DEM (2,6 mld EUR) do 9,09 mld DEM (4,65 mld EUR), tzn. o 80 %. Nawet jeśli uwzględni się wyłącznie zwiększenie środków o 2,5 mld DEM (1,28 mld EUR), które WestLB może użyć do zabezpieczenia działalności komercyjnej, oznacza to zwiększenie środków własnych o 50 %. Instrumenty hybrydowe mogły stanowić wówczas maksymalnie do 20 %. Przy pomocy jednego z instrumentów porównawczych nie można było zwiększyć kapitału WestLB w podobny i długotrwały sposób ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Powyższą kwestię uwzględniają także zewnątrzni biegli Komisji, którzy poddali krytyce ekspertyzę rządu niemieckiego z powodu powstrzymywania się od jakiegokolwiek odniesienia do wielkości transakcji oraz porównania z instrumentami marginalnymi (pod względem wolumenu); kapitał Wfa można raczej porównać z instrumentami kapitału podstawowego, np. akcjami bez praw do głosu.

- (205) Należy także zwrócić uwagę, że agencje ratingowe wywierały presję, aby doprowadzić do tzw. „dobrowolnego samoograniczenia” w stosunku do części środków własnych w powyższych instrumentach poprzez prowadzenie dokładnej obserwacji powyższej części.
- (206) W tym kontekście należy podkreślić, że relatywnie szeroko zakrojone i zróżnicowane instrumentarium mieszanych instrumentów kapitału podstawowego oraz uzupełniającego, do których mają dostęp instytucje kredytowe w wielu krajach, nie istniało w Niemczech w 1991 roku, gdy zadecydowano o wniesieniu Wfa do WestLB oraz gdy w 1993 roku WestLB musiał sprostać ostrzejszym wymogom kapitałowym, które wtedy weszły w życie. Niektóre z powyższych instrumentów dopiero się rozwinęły od tamtego momentu, inne istniały, ale nie były uznane w Niemczech. Instrumenty, które w praktyce były zasadniczo dostępne i używane, to papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach oraz zobowiązania podrzędne (oba zaliczane do kapitału uzupełniającego, drugi instrument uznawany dopiero od 1993 roku). Dlatego też porównanie kapitału Wfa z tymi instrumentami mieszanymi, które rozwinięto w późniejszym czasie, i które częściowo były dostępne tylko w innych krajach, nie jest przekonujące. Nawet Niemcy (pośrednio) odrzucają takie porównanie, uznając, że Komisja musi zbadać przypadek na podstawie okoliczności, które istniały w momencie podjęcia decyzji pod koniec 1991 roku.
- (207) W ekspertyzach przedłożonych przez Niemcy podkreśla się, że bankructwo WestLB jest tak mało prawdopodobne, iż ryzyko to można praktycznie pominąć. Jeśli trzymać się sztywno powyższej argumentacji, oznaczałoby to, że inwestor nie mógłby żądać za inwestycję w przedsiębiorstwo uważane za bezpieczne żadnej marży za ryzyko powyżej zysku z bezpiecznych obligacji państwowych. Powyższe nie odpowiada oczywiście warunkom rynkowym. Nawet jeśli ryzyko upadłości w przypadku inwestycji finansowej jest bardzo niskie, jest ono jednakże uwzględniane przez inwestora działającego zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej. Za taką inwestycję w bank, podobnie jak w przypadku innych „pewnych” udziałów, żąda się z reguły znacznej marży.
- (208) Biorąc pod uwagę oba instrumenty kapitału własnego, które w porównaniu Niemiec odgrywały centralną rolę jako najbliższe wielkości referencyjne, czyli „perpetual preferred shares” i papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach, należy zwrócić uwagę na kilka specyficznych kwestii. „Perpetual preferred shares” uznaje się w niektórych krajach za kapitał podstawowy, w Niemcy jednak nadal nie są one uznawane. Papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach zaliczane są jedynie do kapitału uzupełniającego, natomiast kapitał Wfa pod względem jakości uznaje się za kapitał podstawowy. Dlatego kapitał Wfa ma dla WestLB zdecydowanie większą wartość, ponieważ w ten sposób bank może pozyskać kapitał uzupełniający (jak np. papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach) w tej samej wysokości, aby w taki sposób zwiększyć środki własne. Ponadto, jeśli po latach strat nastąpiłyby ponownie lata zysków, najpierw papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach zostałyby ponownie uzupełnione do wartości nominalnej, a potem dopiero kapitał Wfa. Kapitał Wfa udostępniono bankowi WestLB bez jakiegokolwiek ograniczenia czasowego, podczas gdy papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach zwykle opiewają na dziesięć lat. Należy ponownie zwrócić uwagę, że znaczna wartość wniesionego kapitału nie jest typowa, należy przy tym uwzględnić kolejność w przypadku strat. Ponieważ udział majątku Wfa jest relatywnie duży, zostałyby on dość szybko naruszony w przypadku wystąpienia większych strat.
- (209) Uwzględniając wszystkie powyższe powody, Komisja uważa, że porównanie z mieszanymi instrumentami kapitału własnego przedstawione przez Niemcy nie jest właściwe z powodu szczególnego charakteru kapitału Wfa i nie może stanowić podstawy odpowiedniego wynagrodzenia za kapitał Wfa⁽¹⁾.
- (210) W odniesieniu do związków między kapitałem Wfa oraz innymi instrumentami kapitału własnego BdB podnosi, że ustalenie kolejności wykorzystania kapitału w głównej umowie między udziałowcami WestLB jest nieważne, ponieważ obciąża ono strony trzecie w wyniku uzgodnienia, że rezerwa Wfa – w momencie osiągnięcia straty przez WestLB – może zostać użyta dopiero w drugiej kolejności po pozostałym kapitale własnym banku WestLB. Można uwzględnić argumentację rządu niemieckiego oraz WestLB, że uzgodnienie dotyczy wyłącznie stosunku między rezerwą specjalną Wfa a pozostałymi, udostępnionymi przez udziałowców kapitałami podstawowymi, tzn. konkretnie kapitałem akcyjnym i rezerwami, jednakże nie zamierzano, aby kapitał Wfa był podrzędny w stosunku do kapitału uzupełniającego, jak papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach oraz zobowiązania podrzędne.
- ii) **Wady płynności**
- (211) W zasadzie zrozumiała jest argumentacja Niemiec i WestLB dotycząca wad płynności. „Zwykłe” wniesienie kapitału do banku powoduje zarówno poprawę płynności, jak i zwiększenie kapitału podstawowego, który jest konieczny do rozszerzenia działalności komercyjnej w świetle przepisów o nadzorze bankowym. Aby w pełni wykorzystać kapitał, tzn. rozszerzyć 100 % aktywów ważonych ryzykiem o wskaźnik 12,5 (tzn. 100 podzielone przez wskaźnik wypłacalności w wysokości 8 %), bank musi dokonać 11,5-krotnego refinansowania na rynkach finansowych. Mówiąc prościej, różnica między 12,5 razy otrzymanymi i 11,5 razy zapłaconymi odsetkami z tego kapitału po potrąceniu pozostałych kosztów banku (tzn. kosztów administracyjnych) daje zysk z kapitału własnego⁽²⁾. Początkowo kapitał
- (1) Sporządzona dla Komisji niezależna ekspertyza potwierdza powyższe stanowisko; podnosi się w nim różne poszczególne wyceny zawarte w ekspertyzie Niemiec. Przykładowo tzw. „efekt kuponu” pokazany został w zupełnie innym świetle, ponieważ stwierdzono, że przy bieżących stratach i likwidacji mogłoby dojść do strat całego kapitału, a nie tylko jego części. Sprawozdanie zwraca uwagę na dwa subiektywne aspekty ekspertyzy Niemiec: po pierwsze, zgodnie z wnioskiem końcowym, dane rynkowe zostały ocenione selektywnie, a po drugie dane rynkowe częściowo zamieniono danymi, które autorzy odnoszą do własnych doświadczeń, nie zaznaczając tego wyraźnie.
- (2) W rzeczywistości sytuacja jest dużo bardziej skomplikowana, np. z powodu pozycji pozabilansowych, różnego stopnia ważenia ryzyka aktywów i pozycji o zerowym stopniu ryzyka. Sens argumentacji nie zostaje jednakże naruszony.

Wfa nie dostarcza WestLB płynności, ponieważ wniesiony majątek oraz wszystkie zyski Wfa zastrzeżono ustawowo dla wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego, w związku z tym WestLB ponosi dodatkowe koszty finansowania w wysokości kwoty kapitałowej, jeśli pobiera konieczne środki z rynków finansowych, aby w pełni wykorzystać możliwości transakcyjne, których przysporzył jej dodatkowy kapitał własny, tzn. aby rozszerzyć aktywa ważone ryzykiem o 12,5-krotność kwoty kapitałowej (lub otrzymać istniejące aktywa w takiej wysokości) ⁽¹⁾. Z powodu powyższych kosztów dodatkowych, które nie powstałyby w przypadku normalnego kapitału własnego, należy w celu określenia właściwego wynagrodzenia ustalić odpowiednie potrącenie. Inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej nie może oczekiwać, że otrzyma takie samo wynagrodzenie jak w przypadku wniesienia kapitału w gotówce.

(212) Komisja, w przeciwieństwie do Niemiec i WestLB, prezentuje stanowisko, że w rachunku nie należy uwzględniać całej stopy refinansowania. Koszty refinansowania stanowią koszty prowadzenia działalności i zmniejszają przychody podlegające opodatkowaniu. Wynik netto banku nie zmniejsza się o kwotę dodatkowo zapłaconych odsetek. Część powyższych kosztów zostanie wyrównana mniejszym podatkiem od osób prawnych. Wyłącznie wydatki netto należy uwzględnić jako dodatkowe obciążenie WestLB z powodu szczególnego charakteru wniesionego kapitału. Komisja uznaje ostatecznie, że WestLB ponosi dodatkowe „koszty płynności” w wysokości „kosztów refinansowania minus podatek”.

iii) **Odpowiednie wynagrodzenie za kwotę w wysokości 2,5 mld DEM (1,28 mld EUR)**

(213) Odpowiednie wynagrodzenie za kwotę w wysokości 2,5 mld DEM można ustalić w najróżniejszy sposób. Wszystkie sposoby obliczenia wynagrodzenia za udostępniony kapitał zakładowy opierają się na tych samych zasadach, zostaną one poniżej przedstawione. Opierając się na tych zasadach, Komisja przeprowadziła obliczenia w dwóch etapach: najpierw określono wynagrodzenie minimalne, którego inwestor może oczekiwać za (hipotetyczną) inwestycję w kapitał zakładowy w WestLB. Następnie sprawdzono, czy z powodu szczególnych cech kwestionowanej transakcji na rynku ustalono by narzuty lub potrącenia, i czy Komisja może w danej sytuacji przeprowadzić odpowiednią kwantyfikację uwzględniając wystarczające obciążenie.

Obliczenie oczekiwanego minimalnego wynagrodzenia za inwestycję w kapitał zakładowy WestLB

(214) Oczekiwany zysk z inwestycji oraz ryzyko inwestycji stanowią podstawowe czynniki wpływające na decyzję inwestora działającego zgodnie z zasadami gospodarki

rynkowej. Aby określić wysokość obu czynników, inwestor uwzględni wszystkie dostępne informacje o firmie i rynku. Opiera się on na historycznych danych dotyczących średniego zysku z kapitału, które stanowią także ogólnie punkt wyjściowy dla przyszłej wydajności przedsiębiorstwa, a także między innymi na analizie aktualnego modelu działania przedsiębiorstwa, strategii i jakości zarządzania oraz relatywnych prognoz danej branży.

(215) Inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej zainwestuje tylko wtedy, jeśli inwestycja ta będzie dawała wyższy zysk z kapitału lub niższe ryzyko w porównaniu z najbardziej możliwą alternatywą użycia kapitału. Inwestor nie zdecyduje się na inwestycję w przedsiębiorstwo, jeśli oczekiwany zysk z kapitału jest niższy niż średni oczekiwany zysk z kapitału innych przedsiębiorstw o porównywalnym profilu ryzyka. W tej sytuacji można założyć, że istnieją wystarczające alternatywy do zakładanego zamierzenia inwestycyjnego, które obiecują wyższe zyski przy takim samym stopniu ryzyka.

(216) Aby obliczyć odpowiednie najniższe wynagrodzenie, można użyć różnych metod. Począwszy od najróżniejszych wariantów stopy finansowania do metody CAPM. Do przedstawienia różnych rozwiązań należy rozróżnić dwa składniki, zysku z bezpiecznych inwestycji oraz premii za ryzyko w przypadku danego projektu:

odpowiedni minimalny zysk z inwestycji obciążonej
ryzykiem

=

podstawowa stopa bezpiecznych papierów wartościowych
+ premia za ryzyko z tytułu inwestycji obciążonej ryzykiem

Odpowiedni minimalny zysk z inwestycji obciążonej ryzykiem można następnie opisać jako sumę stopy zysku z bezpiecznej inwestycji i dodatkowej premii za ryzyko związanej z przejęciem ryzyka specyficznego dla danej inwestycji.

(217) Podstawą obliczenia zysku z kapitału jest zawsze istnienie formy bezpiecznej inwestycji z bezpiecznym zyskiem z kapitału. Zwykle do obliczenia podstawowej stopy bezpiecznych papierów wartościowych przyjmuje się oczekiwany zysk z papierów wartościowych o stałym oprocentowaniu emitowanych przez państwo (względnie indeks opierający się na tych papierach wartościowych), ponieważ są to formy inwestycji z porównywalnie niskim ryzykiem. Różnice między poszczególnymi metodami występują jednakże przy obliczeniu premii za ryzyko:

— Podejście finansowe: Oczekiwany przez inwestora zysk z kapitału własnego stanowi z punktu widzenia banku wykorzystującego kapitał przyszłe koszty finansowe. Przy tym podejściu określane są najpierw

⁽¹⁾ Sytuacja nie ulegnie zmianie, jeśli uwzględni się możliwość pozyskania kapitału uzupełniającego do wysokości kapitału podstawowego (wskaźnik 25 zamiast 12,5 dla kapitału podstawowego).

historyczne koszty kapitału własnego, które ponoszą banki porównywalne z opisywanym bankiem. Średnia arytmetyczna historycznych kosztów kapitału zostaje następnie zrównana z przyszłymi, oczekiwanymi kosztami kapitału własnego, i w ten sposób z zyskiem z kapitału oczekiwanym przez inwestora.

- *Podjęcie finansowe ze skumulowanym rocznym wzrostem (compound annual growth rate):* Centralnym punktem tego podejścia jest zastosowanie średniej wartości geometrycznej zamiast arytmetycznej (compound annual growth rate).
- *Metoda wyceny aktywów kapitałowych (capital asset pricing model – CAPM):* W nowoczesnych finansach metodą najbardziej znaną i najczęściej testowaną jest CAPM, przy pomocy której można określić zysk z kapitału oczekiwany przez inwestora przy pomocy następującego wzoru:

$$\begin{aligned} & \text{zysk minimalny} \\ & = \\ & \text{podstawowa stopa bezpiecznych papierów wartościowych} \\ & + (\text{rynkowa premia za ryzyko} \times \text{beta}) \end{aligned}$$

Premię za ryzyko inwestycji w kapitał własny oblicza się przez pomnożenie rynkowej premii za ryzyko oraz wskaźnika beta (rynkowa premia za ryzyko \times beta). Wskaźnik beta pozwala na porównanie ryzyka danego przedsiębiorstwa do łącznego ryzyka wszystkich przedsiębiorstw.

(218) CAPM jest główną metodą obliczania zysków z inwestycji w przypadku dużych przedsiębiorstw notowanych na giełdzie. WestLB nie jest przedsiębiorstwem notowanym na giełdzie, dlatego nie można bezpośrednio wyprowadzić wartości beta dla WestLB. Zastosowanie metody CAPM jest możliwe wyłącznie na podstawie orientacyjnego wskaźnika beta.

(219) Komisja dysponuje sześcioma ekspertyzami, w których premia za ryzyko lub łączny zysk z inwestycji został obliczony najróżniejszymi sposobami, przy czym wszystkie ekspertyzy oznaczyły premię za ryzyko wniesienia Wfa do banku WestLB pośrednio, opierając się na (hipotetycznej) inwestycji w kapitał zakładowy WestLB.

- *Uwagi Ernst&Young z dnia 11 września 1995 r./ 28 sierpnia 1997 r.:* Ernst&Young (1995), zgodnie z zasadą finansowania, obliczył rzeczywiste koszty kapitału za okres od 1982 do 1992 roku ze zmian cenowych kursów ultimo (zyski i straty kursowe) oraz wypłaconych dywidend (zysk z dywidend). Średnia arytmetyczna historycznych kosztów kapitału zostaje następnie zrównana z przyszłym, oczekiwanym zyskiem ze strony inwestora.

- W uwagach Associates en Finance (październik 1999 r.) obliczono na zlecenie WestLB oraz na podstawie tzw. securities market line models wynagrodzenie

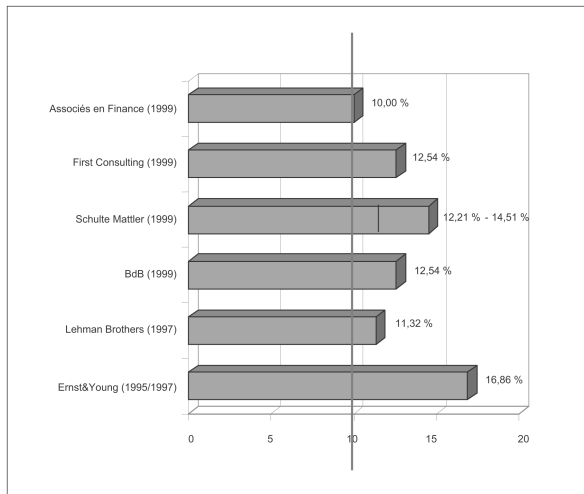
minimalne w wysokości od 10 do 11 % za inwestycję podobną do inwestycji w kapitał zakładowy WestLB w momencie wniesienia kapitału.

- *Uwagi BdB z dnia 14 stycznia 1999 r.:* BdB określili zgodnie z podejściem finansowym z compound annual growth rate, przy pomocy danych Ernst&Young, średnią geometryczną kosztów kapitału własnego za wszystkie możliwe okresy inwestycji między 1982 a 1992 rokiem dla wszystkich czterech niemieckich, dużych banków komercyjnych: Deutsche Bank, Dresdner Bank, Commerzbank oraz Bayerische Vereinsbank. Średnie koszty kapitału własnego powyższych porównywalnych banków w wysokości 12,54 % odpowiadają oczekiwanemu zyskowi inwestora.

- Ekspertyza Lehman Brothers z dnia 8 lipca 1997 r. na zlecenie WestLB, opinia prof. Schulte-Mattler z dnia 14 stycznia 1999 r. na zlecenie BdB, opinia First Consulting z dnia 18 lipca 1999 r. na zlecenie Komisji: Ww. biegli zastosowali metodę CAPM i najpierw obliczyli ogólną, rynkową premię za ryzyko dla niemieckiego rynku akcji pod koniec roku 1991. Średnia wyliczona przez nich premia wynosi 4-5 % (Lehman Brothers 4 %, prof. Schulte-Mattler 5 %, First Consulting 4-5 %). W porozumieniu przedstawionym Komisji w dniu 13 października 2004 r. także kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia, WestLB oraz skarżący BdB przyjęli rynkową premię za ryzyko w wysokości 4 %. Następnie biegli oszacowali wartość beta dla banku WestLB, tzn. określili indywidualną premię za ryzyko WestLB. Przy pomocy tej wartości dopasowano ogólną rynkową premię za ryzyko do banku WestLB. Nie można było oszacować wartości beta dla WestLB statystycznie, gdyż bank WestLB pod koniec roku 1991 nie był notowany na giełdzie. Z tego powodu biegli założyli, że wartość beta WestLB jest taka sama jak wartość beta porównywalnych banków notowanych na giełdach. Profesor Schulte-Mattler na podstawie danych Niemieckiego Banku Federalnego (Deutsche Bundesbank) ustalił wskaźnik beta dla banków kredytowych w Niemczech na koniec roku 1991 w wysokości 1,25 (na podstawie danych rocznych) oraz 1,1 (na podstawie danych miesięcznych). Z kolei biegli WestLB, Lehman Brothers, nie przyjęli za podstawę wartości beta wszystkich niemieckich banków, lecz IKB Deutsche Industriebank oraz BHF w wysokości 0,765. Lehman Brothers wyliczyli w ten sposób niższą premię za ryzyko dla banku WestLB. Także skarżący BdB zaakceptował w porozumieniu przedstawionym dnia 13 października 2004 r. wskaźnik beta w wysokości 0,76 jako jeszcze właściwy i uzyskał w ten sposób, inaczej niż w uwagach z dnia 14 stycznia 1999 r., minimalne wynagrodzenie w wysokości 10,19 %.

- (220) Na poniższym wykresie zestawiono wyniki ekspertyz. Przy zastosowaniu wymienionych metod obliczenia oczekiwanego zysku z inwestycji obciążonej ryzykiem obliczono

następujące wartości minimalnego zysku z inwestycji w kapitał zakładowy WestLB:



- (221) Na podstawie przedłożonych ekspertyz i uwag można wywnioskować, że minimalny zysk za (hipotetyczną) inwestycję w kapitał zakładowy WestLB w przedmiotowym okresie wnieśienia kapitału wynosi między 10 % a 13 %⁽¹⁾. Jedynie dwie ekspertyzy zakładają znacznie wyższy minimalny zysk z kapitału. W rozmowach między skarżącym BdB, krajem związkowym Nadrenia Północna-Westfalia oraz WestLB AG w lipcu 2004 roku uznano stawkę w wysokości 10,19 % za odpowiednie wynagrodzenie. Ta wartość mieści się w powyżej ustalonym przedziale rynkowym. Inaczej niż w pierwszej decyzji dotyczącej WestLB z roku 1999, w której Komisja założyła minimalne wynagrodzenie na poziomie 12 % p.a., teraz Komisja przyjęła wartość ustaloną przez strony w wysokości 10,19 % p.a. za rynkowe wynagrodzenie za inwestycję w WestLB podobną do inwestycji w kapitał zakładowy na dzień 31 grudnia 1991 r. Komisja ustala ostatecznie wartość 10,19 % p.a. (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw oraz przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym) za odpowiednie wynagrodzenie minimalne za wnieśenie majątku Wfa.

Zmniejszenie zysku z kapitału z powodu braku płynności

- (222) WestLB podał w trakcie procedury początkowo, że koszty refinansowania w momencie przeniesienia majątku wynosiły około 9,2 % ze względu na jego strukturę finansową. W licznych pismach i rozmowach bank WestLB oraz Niemcy wielokrotnie wymieniali stopy refinansowe w wysokości 7,0 oraz 7,5 %⁽²⁾. W porozumieniu strony założyły stopę w wysokości 7,15 % zgodnie z ustaloną przez nie podstawową stopą procentową za długoterminowe, bezpieczne papiery wartościowe na dzień 31 grudnia 1991 roku. Strony przyjęły ponadto ryczałtową stopę podatkową w wysokości 50 %. W ten sposób strony otrzymały stopę refinansowania netto w wysokości 3,74 % za kapitał Wfa stanowiący zabezpieczenie działalności komercyjnej i wynikające z tego potrącenie za brak płynności.

⁽¹⁾ Powyższe potwierdzają także wypowiedzi oraz badania przeprowadzone przez banki inwestycyjne oraz firmy doradcze dotyczące rzeczywistych i oczekiwanych zysków z kapitału własnego. Salomon Brothers oceniają zyski z kapitału własnego większości banków europejskich na poziomie 10 do 14 %, Merrill Lynch dla różnych banków niemieckich na poziomie 11,8 %, a WestLB Panmure na poziomie 11,8 do 12,3 %.

⁽²⁾ Komisja wymieniła w decyzji o wszczęciu procedury z art. 88 ustęp 2 Traktatu WE, opierając się na dostępnych w danym momencie informacjach WestLB, tymczasową stopę w wysokości 7 %.

- (223) W związku z tym, wymienione kwoty mieszczą się w ramach już wcześniej przyjętych przez Niemcy, Komisja nie widzi przyczyny, aby uznać je za niewłaściwe, i przyjmuje je za podstawę obliczenia pomocy państwa. Komisja zaakceptowała wprawdzie w pierwszej decyzji dotyczącej banku WestLB długoterminową, bezpieczną stopę dla dziesięcioletnich niemieckich obligacji federalnych, wynoszącą pod koniec 1991 roku 8,26 %, jako minimalne koszty refinansowania brutto. W przypadku tej stopy procentowej mamy do czynienia z niepełnym obrazem, który nie uwzględnia, że majątek Wfa udostępniony został WestLB trwale. W ramach dyskusji dotyczącej długoterminowej, bezpiecznej podstawowej stopy procentowej strony zrezygnowały z zastosowania zysku z bezpiecznej inwestycji o określonym czasie trwania obserwowanego na rynku w momencie transferu, ponieważ takie ujęcie nie uwzględnia ryzyka reinwestycji, tzn. ryzyka braku inwestycji w wysokości bezpiecznej stopy procentowej po upływie okresu inwestycji. Zdaniem stron ryzyko inwestycyjne zostanie najlepiej obliczone przy zastosowaniu „total return index”. Z tego powodu strony oparły się na indeksie niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG) REX10 performance index, który odzwierciedla dokładnie zachowanie (performance) inwestycji w obligacje federalnych o dokładnie dziesięcioletnim terminie. Zastosowany indeks uwzględnia stan indeksu REX10 performance index na koniec każdego roku od 1970 roku. Strony oszacowały w ten sposób zysk na rok, który odzwierciedla tendencję przyjętego indeksu REX10 performance index w okresie od 1970 do 1991 roku, i w ten sposób strony uzyskały wyżej wymienioną bezpieczną podstawową stopę procentową w wysokości 7,15 % (31 grudnia 1991 roku).

- (224) Biorąc pod uwagę, że wkład miał zostać udostępniony WestLB trwale, procedura obliczenia podstawowych stóp procentowych bezpiecznych papierów wartościowych wydaje się w tym przypadku właściwa. Ponadto przyjęty indeks REX10 performance index stanowi ogólnie uznane źródło danych. Obliczone podstawowe stopy procentowe bezpiecznych papierów wartościowych wydają się niniejszym uzasadnione.

- (225) Również z tego powodu Komisja zgodziła się zdecydowanie, przyjmując za podstawę ustaloną przez strony długoterminową, stopę procentową bezpiecznych papierów wartościowych w wysokości 7,15 % na dzień 31 grudnia 1991 roku za minimalne koszty refinansowania brutto. Przyjmując ryczałtową stopę podatkową w wysokości 50 %⁽³⁾ w momencie transferu, Komisja uzyskała stopę refinansowania netto oraz w ten sposób potrącenie za brak płynności w wysokości 3,75 % p.a. za kapitał Wfa, który może być użyty do zabezpieczenia działalności komercyjnej.

Marża na zysk z kapitału ze względu na szczególne cechy transferu Wfa

- (226) W praktyce przy ustalaniu wynagrodzenia za inwestycję w dane przedsiębiorstwo, cechy nietypowe, odbiegające od standardowej inwestycji w kapitał zakładowy znajdują

⁽³⁾ Zgodnie z dokumentami przedstawionymi przez rząd niemiecki, podatek od osób prawnych wynosił w roku 1995 oraz 1996 42 %, do którego doliczano także podatek solidarnościowy w wysokości 7,5 % (a więc razem 49,5 %). W roku 1998 łączna stopa podatkowa zmniejszyła się do 47,5 %. Dopiero od roku 2001 łączna stopa podatkowa wynosiła już tylko 30,5 %.

zwykle wyraz w postaci odpowiednich dopłat lub potrąceń. Należy zatem sprawdzić, czy cechy szczególne, zwłaszcza dany profil ryzyka transferu Wfa, sprawiają, że konieczne jest dostosowanie ustalonego minimalnego wynagrodzenia w wysokości 10,19 %, którego oczekiwali inwestor prywatny za (hipotetyczną) inwestycję w kapitał zakładowy banku WestLB, oraz czy Komisja może przedsięwziąć kwantyfikację uwzględniającą wystarczające obciążenie. W powyższym kontekście właściwe wydaje się sprawdzenie trzech kwestii: po pierwsze brak emisji nowych udziałów w spółce oraz związanych z nimi praw do głosu, po drugie nadzwyczajna wartość transferowanego majątku oraz po trzecie brak zamienności inwestycji.

- (227) Kraj związkowy nie uzyskał wskutek wniesienia kapitału dodatkowych głosów. W wyniku rezygnacji z głosów inwestor traci możliwość wpływania na decyzje zarządu banku. Jeśli zwiększona została liczba głosów przysługujących krajowi związkowemu, posiadałby on ponad 70 % głosów. Tym samym pozycja kraju związkowego uległaby zmianie z udziałowca mniejszościowego (42 % udziałów) na udziałowca większościowego. Dla wyrównania przyjęcia wyższego ryzyka strat bez odpowiedniego zwiększenia wpływu na przedsiębiorstwo inwestor działający na zasadach gospodarki rynkowej (nawet przy zmniejszeniu ryzyka wskutek uzgodnień wewnętrznych z innymi udziałowcami) zażądałby wyższego wynagrodzenia. Szczególnie wyraźne jest to w przypadku akcji uprzywilejowanych bez praw do głosu. Za rezygnację z prawa do głosu oferuje się wyższe oprocentowanie oraz pierwszeństwo w zaspokojeniu. Wychodząc z założenia wyższego wynagrodzenia za akcje uprzywilejowane w stosunku do akcji zwykłych oraz w porozumieniu z głównym skarżącym BdB, krajem związkowym Nadrenią Północną-Westfalią oraz bankiem WestLB AG, które w wyniku rozmów przeprowadzonych w lipcu 2004 roku ustaliły stopę w wysokości 0,3 % p.a. (po opodatkowaniu), Komisja uważa za właściwą marżę w wysokości co najmniej 0,3 % p.a. (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw).
- (228) Wielkość wniesionego majątku oraz wpływ, który wywiera on na bank WestLB z punktu widzenia dyrektywy w sprawie współczynnika wypłacalności, został opisany już powyżej. Dzięki wniesieniu Wfa kapitał podstawowy WestLB podwoił się, i to bez ponoszenia kosztów zakupu i kosztów administracyjnych. W tym jednak przypadku uznano wielkość majątku Wfa, za najważniejszy – chociaż nie wyłącznie miarodajny – wyznacznik podobieństwa transakcji z inwestycją w kapitał zakładowy. W ten sposób ponowne uwzględnienie wielkości transferu Wfa w ramach marży nienależnie „podwoiłoby” ten punkt widzenia. Komisja rezygnuje w niniejszym przypadku – w przeciwieństwie do swojej pierwszej decyzji w sprawie WestLB – z marży, biorąc pod uwagę wielkość transferu.
- (229) Podsumowując, należy zwrócić uwagę na brak zamienności inwestycji, tzn. brak możliwości odzyskania zainwestowanego kapitału w dowolnym momencie. Inwestor może zwykle zbyć instrument kapitału własnego na rynku na rzecz osoby trzeciej i w ten sposób zakończyć swoją inwestycję. Standardowe wniesienie kapitału zakładowego odbywa się, przyglądając się dokładnie, w następujący sposób: Inwestor wnosi po stronie aktywów w bilansie majątek (czy to w gotówce, czy w formie aportu). Po stronie pasywów odpowiada temu zwykle udział na rzecz inwestora, którym może on dysponować, np. w przypadku spółki akcyjnej są to akcje. Akcje może on odsprzedać osobie trzeciej. W ten sposób wprawdzie nie może odzyskać aktywów wniesionych pierwotnie. Ponieważ zaliczają się one obecnie do obowiązkowego kapitału własnego spółki i nie ma on do nich dostępu. Jednakże może uzyskać ich równowartość, zbywając posiadane akcje. Jego inwestycja jest w ten sposób zamienna. Kraj związkowy nie posiada takiej możliwości z powodu szczególnych okoliczności wniesienia majątku Wfa. Jednakże Komisja w tej sytuacji, w przeciwieństwie do pierwszej decyzji podjętej w sprawie WestLB, nie widzi powodu dla ustalenia kolejnej marży. Kraj związkowy nie miał wprawdzie możliwości uzyskania równowartości poprzez wolne dysponowanie inwestycją, jednakże przynajmniej zasadniczo istniała możliwość ponownego wydzielenia majątku Wfa z banku WestLB na mocy ustawy i w ten sposób uzyskania wyższego zysku z kapitału poprzez ponowną inwestycję w inną instytucję kredytową.
- (230) Komisja uważa ostatecznie marżę na zysku z kapitału w wysokości co najmniej 0,3 % p.a. (po opodatkowaniu) za rezygnację z uzupełniających praw do głosu za uzasadnioną⁽¹⁾.

Brak zmniejszenia wynagrodzenia z powodu uzgodnienia wynagrodzenia ryczałtowego

- (231) W przypadku akcji wynagrodzenie zależy bezpośrednio od wyników uzyskiwanych przez przedsiębiorstwo i wyraża się przede wszystkim w formie dywidend i udziału w przyroście wartości przedsiębiorstwa (np. wyrażonym we wzroście kursu akcji). Kraj związkowy otrzymuje wynagrodzenie ryczałtowe, którego wysokość ma uwzględniać oba powyższe aspekty wynagrodzenia za „normalne” dokapitalizowanie. Można by argumentować, że stałe wynagrodzenie stanowi korzyść dla kraju związkowego, zamiast bezpośredniego uzależniania wynagrodzenia od wyników WestLB, która to korzyść usprawiedliwia redukcję stopy wynagrodzenia. Czy jednakże takie stałe wynagrodzenie rzeczywiście jest korzystniejsze niż zmienne, zależne od zysku, zależy w dużej mierze od wyników przedsiębiorstwa osiągniętych w przyszłości. Jeśli pogorszą się one, wówczas stopa ryczałtowa jest korzystniejsza dla inwestora, przy ich polepszeniu jednakże, przeciwnie, stanowi wadę. Rzeczywistego rozwoju sytuacji

⁽¹⁾ Ekspertyza First Consulting cytowana w przypisie nr 49 pierwszej decyzji dotyczącej banku WestLB uwzględniła wprawdzie zryczałtowaną marżę w wysokości 1-2 % za poszczególne wymienione kwestie, jednakże nie uznała, że odnośnie do kryterium wolumenu powyższe należy uwzględnić przy określaniu podobieństwa do kapitału zakładowego. Spółka First Consulting nie wzięła także pod uwagę zdaniem Komisji zamienności inwestycji; wprawdzie inwestycji nie można sprzedać, ale ustawowo można wyłączyć ją z banku WestLB, a więc zasadniczo można ją ponownie zainwestować.

nie można uwzględniać przy późniejszej ocenie decyzji inwestycyjnej. Należy w niniejszej sytuacji zwrócić uwagę, że przy stratach nie będzie wypłacane żadne wynagrodzenie, oraz że podjęcie decyzji o skumulowanych dopłatach należy do banku WestLB. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie jest korzystny dla inwestora, gdyż musi się on zgadzać z ewentualnym pomniejszeniem wynagrodzenia. Biorąc pod uwagę powyższe argumenty Komisja uważa, że stopa wynagrodzenia nie może zostać zredukowana.

(232) Należy także nadmienić, że wynagrodzenie, które należy wypłacić za wniesiony kapitał, zwykle uzgadniane jest między przedsiębiorstwem a inwestorem. W niniejszym przypadku wysokość wynagrodzenia, które powinien płacić WestLB, została ewidentnie ustalona między udziałowcami WestLB, co nie wydaje się standardowym posunięciem. Wysokość wynagrodzenia nie powinna zależeć od tego, co są w stanie zaakceptować pozostali udziałowcy, lecz od ryzyka, jakim obciążony zostaje kraj związkowy, oraz od korzyści dla banku WestLB. Niemcy nie przedłożyły także dokumentów dotyczących negocjacji wynagrodzenia oraz obliczenia jego wysokości. Niemcom jednak należy przyznać rację, iż ocena pomocy przez Komisję winna zostać oparta wyłącznie na wyniku, tzn. wysokości wynagrodzenia, a nie rodzaju i sposobie, w jaki doszło do jego uzgodnienia. Z punktu widzenia Komisji sposób ustalenia wynagrodzenia oraz zamiary temu towarzyszące mogą wskazywać na to, jak dalece kraj związkowy podejmował decyzje, tak jak inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej.

(233) Udziałowcy WestLB ustalili ponadto, że wynagrodzenie winno zostać określone dopiero w momencie przedłożenia wyników finansowych WestLB za rok 1992. Zdaniem Komisji wyniki finansowe banku nie powinny grać roli przy ustalaniu wysokości wynagrodzenia ryczałtowego. Wynagrodzenie tego typu nie powinno zależeć od uzyskiwanych przez WestLB zysków, lecz od ryzyka, które ponosi kraj związkowy oraz od potencjalnej korzyści z transferu majątku dla banku. Inwestor działający na zasadach gospodarki wolnorynkowej nie byłby skłonny zaakceptować niższego wynagrodzenia ryczałtowego z powodu gorszych wyników danego przedsiębiorstwa. Powyższe porozumienie nie skłania do uznania takiego zachowania za zgodne z podejmowanym przez inwestora działającego zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej.

(234) W części wstępnej procedury prowadzonej przez Komisję doszło do negocjacji między głównym skarżącym a WestLB, które miały na celu rozwiązanie sytuacji bez przeprowadzenia procedury na podstawie art. 88 ustęp 2 Traktatu WE, tzn. wspólne znalezienie wynagrodzenia rynkowego. Powyższe rozmowy nie doprowadziły do żadnego wyniku. WestLB zaproponował w trakcie rokowań udzielenie krajowi związkowemu dodatkowo do istniejącego wynagrodzenia ryczałtowego w wysokości 0,6 %, prawa do uzyskania odpowiedniego odszkodowania w przypadku likwidacji WestLB za przyrost wartości, który bank uzyskał poprzez rozszerzenie działalności komercyjnej wskutek transferu majątku Wfa; tzn. kraj związkowy otrzymałby dodatkowy udział w otwartych rezerwach oraz cichych rezerwach WestLB. Powyższa sytuacja sugeruje, że wartość wniesionego kapitału do WestLB w rzeczywistości była wyższa, niż uzgodnione wynagrodzenie. Powyższy udział w wartości likwidacyjnej nie został jednak uzgodniony. Inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki

rynkowej nie zaakceptowałby takiego hipotetycznego „wynagrodzenia”, ponieważ w przypadku przedsiębiorstwa działającego długoterminowo, jakim jest WestLB, nigdy nie byłby w stanie otrzymać wymienionego wynagrodzenia; nie miałyby więc ono dla niego żadnej wartości.

Łączne wynagrodzenie

(235) Na podstawie powyższych rozważań i w porozumieniu z głównym skarżącym BdB, krajem związkowym Nadrenia Północna-Westfalia oraz WestLB AG, Komisja doszła do wniosku, iż odpowiednie wynagrodzenie za rzeczony kapitał wynosi 6,92 % (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw), mianowicie 10,19 % (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw) zwykłego zysku z tego instrumentu plus marża w wysokości 0,3 punktów procentowych (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw) za szczególny charakter transakcji minus 3,75 % (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw) z powodu nakładów finansowych, które poniósł WestLB z powodu braku płynności wniesionego majątku.

iv) Odpowiednie wynagrodzenie za kwotę w wysokości 3,4 mld DEM (1,74 mld EUR)

(236) Jak przedstawiono powyżej także udział w kapitale własnym w wysokości 3,4 mld DEM (1,74 mld EUR) stanowi dla banku WestLB wartość materialną, a jego funkcję ekonomiczną można porównać z poręczeniem lub gwarancją. Inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej zażądałby odpowiedniego wynagrodzenia za takie ryzyko.

(237) W decyzji o wszczęciu procedury badania według art. 88 ustęp 2 Traktatu WE Komisja wymieniła stopę w wysokości 0,3 %, którą Niemcy uznały za odpowiednią prowizję za awal dla banku WestLB. Należy przy tym uwzględnić szczególnie dwa czynniki. Po pierwsze kwota w wysokości 3,4 mld DEM (1,74 mld EUR) jest znacznie wyższa niż kwoty zwykle pokrywane przez podobne gwarancje bankowe. Po drugie gwarancje bankowe z reguły połączone są z określonymi transakcjami i mają określony czas obowiązywania. Specjalna rezerwa Wfa udostępniona została WestLB bezterminowo. Oba czynniki powinny skutkować podwyższeniem wynagrodzenia do około 0,5 – 0,6 %. Powyższą stopę należy odpowiednio dopasować, skoro premie gwarancyjne zwykle stanowią koszty działania i w ten sposób zmniejszają dochód do opodatkowania, a wynagrodzenie wypłacone krajowi związkowemu za kapitał Wfa płacone jest z zysków po opodatkowaniu. Po uwzględnieniu wszystkich powyższych argumentów Komisja jest zdania, że stopa wynagrodzenia w wysokości 0,3 % po opodatkowaniu stanowi właściwe wynagrodzenie za tego typu kapitał.

v) Efekty synergii

(238) Władze niemieckie uważają, że rzeczywistym powodem przeniesienia były potencjalne efekty synergii, a nie powiększenie kapitału własnego WestLB. Jest jak najbardziej możliwe, że dyskusje na temat wydajności funduszu wspierającego rozwój budownictwa mieszkaniowego rozpoczęły się już w latach 70-tych. Jednakże pomimo tak długiej dyskusji nie doszło do przeniesienia przed rokiem 1991, a wówczas zapotrzebowanie na kapitał banku WestLB zmuszało właścicieli publicznych do podjęcia odpowiednich kroków. Dokumenty – szczególnie odpo-

wiednie dokumenty dotyczące ustawy o transferze kapitału (Übertragungsgesetz) oraz uzasadnienie ustawowe, a także protokoły debat w parlamencie krajowym – jednoznacznie potwierdzają, że rzeczywistym celem przeniesienia było zapewnienie WestLB kapitału podstawowego odpowiadającego nowym wymogom dotyczącym wypłacalności. Synergię uznano za pozytywny efekt (poboczny), nie stanowiła ona wówczas na pewno głównego powodu transakcji.

- (239) Władze niemieckie oraz WestLB twierdzą, że kraj związkowy otrzymał nie tylko wynagrodzenie w wysokości 0,6 % za kwotę 2,5 mld DEM (1,28 mld EUR), lecz ponadto korzysta z efektów synergii w wysokości około 30 mln DEM (15 mln EUR) rocznie w wyniku przeniesienia i włączenia Wfa oraz przejścia zobowiązań emerytalnych Wfa przez WestLB w wysokości 33 mln DEM (17 mln EUR). Oszczędności uzyskane wskutek efektu synergii związane były z połączeniem Wfa z dawnym działem wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego w banku WestLB, dzięki czemu poprawiono strukturę organizacyjną funduszu wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego kraju związkowego oraz osiągnięto oszczędności personalne.
- (240) Efekty synergii należą do normalnych skutków połączenia. Jednakże nie jest jasne, w jaki sposób można pogodzić efekty synergii z koncepcją zamkniętego systemu przedstawioną przez kraj związkowy z neutralnością konkurencyjną Wfa. Przy założeniu, że efekty synergii były możliwe po dokonaniu przeniesienia, chociaż oba działy pozostały wyraźnie od siebie oddzielone, i wynikały z połączenia Wfa z działem wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego WestLB, który już wcześniej pracował wyłącznie na potrzeby Wfa, trudno nie zastanowić się, dlaczego nie można było już wcześniej osiągnąć tych efektów synergii bez transferu.
- (241) Jeśli ponadto powstaną takie efekty synergii i oszczędności dla Wfa, wówczas korzyść odniesie fundusz wspieraniu rozwoju budownictwa mieszkaniowego dzięki redukcji kosztów (a w ten sposób skorzysta również kraj związkowy), nie można jednakże uznać tego za świadczenie zwrotne WestLB za udostępnienie kapitału podstawowego. Ponieważ efekty synergii nie zmniejszają możliwości wykorzystania wniesionego kapitału dla WestLB, ani nie zwiększają związanych z przeniesieniem kosztów dla WestLB, efekty synergii nie mogą mieć również wpływu na wysokość wynagrodzenia, którego mógłby zażądać od banku inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej za udostępniony kapitał własny. Także w przypadku rzeczywistej korzyści dla kraju związkowego związanej z wystąpieniem efektów synergii, każde przedsiębiorstwo konkurencyjne byłoby zmuszone z powodu istniejącej konkurencji „zapłacić” krajowi związkowemu za instrument finansowy (Wfa) dodatkowo do odpowiedniego wynagrodzenia za udostępniony kapitał własny „wynagrodzenie” w postaci takich korzyści.
- (242) Ponadto efekty synergii wskutek połączenia powstają zwykle dla obu przedsiębiorstw biorących udział w połączeniu. Trudno zrozumieć, dlaczego WestLB nie miałby w ogóle profitować z powyższych korzyści.
- (243) Jeśli bank WestLB zapłacił zobowiązania emerytalne Wfa, dzięki którym roczne wydatki Wfa uległy redukcji, to tej

płatności nie można uznać za efekty synergii w wyniku połączenia. Można uznać je za wynagrodzenie pośrednie WestLB na rzecz kraju związkowego. Powyższe korzyści powinny powstać się w ramach funduszu wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego oraz następnie zwiększyć środki na ten cel.

- (244) Komisja jest zatem zdania, że w przypadku omawianych efektów synergii nie chodzi o wynagrodzenie za wniesienie Wfa zapłacone przez WestLB, jest jednakże gotowa uznać kwotę w wysokości 33 mln DEM (17 mln EUR) zapłaconą przez WestLB w roku 1992 na rzecz zobowiązań emerytalnych Wfa za część wynagrodzenia zapłaconego przez WestLB za wniesienie kapitału.

f) UWZGLĘDNIENIE ROKU OBROTOWEGO 2002

- (245) Komisja wbrew stanowisku stron porozumienia doszła ponadto do wniosku, że także rok 2002 należy uwzględnić przy obliczaniu wielkości pomocy, i to proporcjonalnie do 1 sierpnia 2002 roku. Niemcy wprawdzie wielokrotnie podnosiły, że na mocy ustawy majątek Wfa został przeniesiony do banku krajowego Nadrenii Północnej-Westfalii ze skutkiem wstecznym na dzień 1 stycznia 2002 r., co zostało uwzględnione w bilansie i rachunku zysków i strat, należy zatem uznać że pomoc została wycofana z dniem 1 stycznia 2002 r. Niezależnie od ujęcia bilansowego, bank WestLB mógł korzystać z kapitału Wfa rzeczywiście do dnia 1 sierpnia 2002 r. w celu zabezpieczenia działalności komercyjnej. Dla ocenianego przypadku jest to kwestia decydująca.

- (246) Szczególnie nie przekonuje twierdzenie, iż nie tylko przychody Wfa i obszarów wspieranych, lecz także wszystkie transakcje publicznymi hipotecznymi listami zastawnymi na mocy nowego ustalenia przeszły na bank krajowy już z dniem 1 stycznia 2002 r., i w ten sposób straty przychodów, które należy postrzegać w bezpośrednim związku z przyszłym wykorzystaniem majątku Wfa, były dla WestLB znacznie wyższe niż odpowiednie wynagrodzenie za kapitał Wfa, co należy uznać za odpowiednią kompensatę. Komisja doszła do wniosku, że strata wynikająca z oddzielenia działalności wspierającej oraz transakcji publicznymi hipotecznymi listami zastawnymi nie stanowi wynagrodzenia za wykorzystanie kapitału Wfa trwające do 1 sierpnia 2002 r. Nie tylko działalność wspierająca oraz transakcje publicznymi hipotecznymi listami zastawnymi były pokrywane kapitałem Wfa, ale całość działalności komercyjnej banku WestLB. Bank WestLB powinien zapłacić wynagrodzenie w wysokości 6,92 %, proporcjonalnie do dnia 1 sierpnia 2002 r.

g) WIELKOŚĆ POMOCY

- (247) Zgodnie z powyższymi obliczeniami Komisja uważa wynagrodzenie w wysokości 6,92 % p.a. po opodatkowaniu za część kapitału, która została użyta przez WestLB do zabezpieczenia działalności komercyjnej, mianowicie 2,5 mld DEM (1,28 mld EUR) na koniec 1993 roku, oraz wynagrodzenie w wysokości 0,3 % po opodatkowaniu za różnicę między tą częścią a częścią wykazaną w bilansie WestLB jako kapitał własny w wysokości 5,9 mld DEM (3,02 mld EUR), a więc 3,4 mld DEM (1,74 mld EUR) na koniec 1993 roku, za zgodne z zasadami rynku.

(248) WestLB zapłacił wynagrodzenie w wysokości 0,6 % wyłącznie za kwotę, którą mógł przeznaczyć na zabezpieczenie swojej działalności komercyjnej. Powyższe wynagrodzenie zapłacono po raz pierwszy za rok 1993. Jak przedstawiono powyżej, Komisja akceptuje płatności WestLB w roku 1992 przeznaczone na roszczenia

emerytalne Wfa za dodatkowe wynagrodzenie dla kraju związkowego.

(249) Wielkość pomocy może zostać obliczona jako różnica między rzeczywistymi płatnościami oraz płatnościami, które odpowiadałyby warunkom rynkowym.

(250) Tabela nr 5: Obliczenie wielkości pomocy

(w mln DEM)

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
1. Udział rezerwy specjalnej udostępnionej WestLB	13	2 510	2 819	3 048	3 108	3 112	3 113	[...]	[...]	[...]	[...]
2. Kwota pozostała (różnica do 5.900 mln DEM, 2002 proporcjonalnie 7/12)	5 887	3 390	3 081	2 852	2 792	2 788	2 787	[...]	[...]	[...]	[...]
Wynagrodzenie w wysokości 6,92 % (po opodatkowaniu) za pkt 1	0,9	173,7	195,1	210,9	215,1	215,4	215,4	[...]	[...]	[...]	[...]
Wynagrodzenie w wysokości 0,3 % (po opodatkowaniu) za pkt 2	17,7	10,2	9,2	8,6	8,4	8,4	8,4	[...]	[...]	[...]	[...]
Wynagrodzenie rynkowe razem	18,6	183,9	204,3	219,5	223,5	223,8	223,8	[...]	[...]	[...]	[...]
Rzeczywiste wynagrodzenie (po opodatkowaniu)	33,1	15,1	16,9	18,3	18,6	18,7	18,7	[...]	[...]	[...]	[...] ⁽¹⁾
Wielkość pomocy	- 14,5	168,8	187,4	201,2	204,9	205,1	205,1	208,6	209,3	209,3	128,6

(Razem: 1 913,80 mln DEM = 978,51 mln EUR)

(¹) Według Niemiec WestLB zapłacił za cały rok 2002 kwotę w wysokości [...] DEM. Uwzględniając podlegający ocenie okres od 1. stycznia do 1. sierpnia 2002 roku ([...] pomnożony przez wskaźnik 7/12), w ramach wynagrodzenia przekazano kwotę w wysokości [...].

4. ZWOLNIENIA PODATKOWE

(251) Zgodnie z wyjaśnieniem Komisji z decyzji o wszczęciu procedury na podstawie art. 88 ustęp 2 Traktatu WE pomoc państwa może mieć miejsce, jeżeli przedsiębiorstwo zostało zwolnione z normalny podatków, które obowiązują jego konkurentów. Jeżeli konstrukcja „instytucji w instytucji” zawiera w sobie podmiot zwolniony z podatków, trzeba podjąć odpowiednie działania, które zapewnią, że ekonomiczne skutki zwolnienia podatkowego ograniczą się tylko i wyłącznie do instytucji pożytku publicznego i nie będą oddziaływać na przedsiębiorstwo działające na zasadach rynkowych.

(252) WestLB nie był zobowiązany do płacenia podatku od kapitału na działalność gospodarczą, ani podatku majątkowego za wniesione aktywa. Ponadto działalność Wfa była także po transferze zwolniona z podatku od osób prawnych. Zdaniem Niemiec w wyniku powyższej regulacji podatkowej bank WestLB nie powinien znaleźć się w korzystniejszej sytuacji niż inne podmioty płacące podatki i rzeczywiście się w niej nie znajduje.

(253) Zyski przypadające WestLB z działalności komercyjnej prowadzonej dzięki użyciu kapitału Wfa do obliczenia wskaźnika wypłacalności, są normalnie opodatkowane. Wyłącznie zyski ze wspierania rozwoju budownictwa mieszkaniowego nie podlegają opodatkowaniu. Zwolnienia z podatku majątkowego oraz podatku od kapitału na działalność gospodarczą ograniczają się również do działalności wspierającej rozwój budownictwa mieszkaniowego. Komisja nie jest władna podjąć decyzję, czy doszło do naruszenia niemieckich przepisów o zwolnieniach podatkowych dla instytucji pożytku publicznego, lecz może jedynie ocenić działanie z punktu widzenia postanowień Traktatu WE o pomocy państwa.

(254) Dzięki zwolnieniu Wfa wewnątrz WestLB z podatku majątkowego, od kapitału na działalność gospodarczą i od osób prawnych zwiększono zyski (lub zmniejszono straty) Wfa, zredukowano potencjalną konieczność wnie-

sienia przez kraj związkowy dodatkowego kapitału na wspieranie budownictwa mieszkaniowego oraz w ten sposób zwiększono majątek netto Wfa. Wfa potrzebowała tylko określoną część (rozszerzonego) kapitału podstawowego dla prowadzenia własnej działalności, dlatego część udostępniona WestLB na zabezpieczenie działalności komercyjnej mogła również z czasem się zwiększyć. Jeśli jednak ta część by wzrosła, powiększyłaby się także podstawa wypłacania wynagrodzenia dla kraju związkowego. Jeśli wynagrodzenie ustalono by w odpowiedniej wysokości, wówczas zwolnienia podatkowe dla funduszu wspierającego rozwój budownictwa mieszkaniowego nie doprowadziłyby do zakłócenia konkurencji na korzyść WestLB. Zgodnie z powyższymi obliczeniami odpowiednie wynagrodzenie wynosi 6,92 % p.a lub 0,3 % p.a. po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw.

5. UMORZENIE ZOBOWIĄZAŃ

- (255) Niemcy podnoszą, iż zwolnienie ze zobowiązania gwarancyjnego nie wpływa negatywnie na sytuację finansową kraju związkowego oraz nie stanowi korzyści konkurencyjnej dla Wfa lub dla WestLB. Ponieważ majątek Wfa (fundusz kraju związkowego wspierający budownictwo mieszkaniowe) po przeniesieniu nie zmniejsza się już corocznie przez to zobowiązanie, w razie rozwiązania Wfa uzyskano by wyższe przychody, które otrzymałby kraj związkowy. Niemieckie władze wyjaśniają ponadto, że bez tego zwolnienia BAKred nie zaakceptowałby 4 mld DEM (2,05 mld EUR) jako kapitału podstawowego Wfa.
- (256) Dzięki rezygnacji z gwarancji wartość Wfa niezaprzecalnie wzrosła. Ponieważ jednakże wynagrodzenie płacone przez WestLB opierało się na wycenie Wfa po tej rezygnacji, a więc uwzględniało przyrost wartości, rezygnacja nie stanowiła korzyści dla WestLB, w związku z tym wynagrodzenie jest zgodne z warunkami rynkowymi.

6. ZGODNOŚĆ DZIAŁANIA Z TRAKTATEM WE

- (257) Na podstawie powyższej argumentacji można stwierdzić, że wszystkie kryteria art. 87 ustęp 1 Traktatu WE zostały wypełnione oraz że transfer Wfa stanowi pomoc państwa w rozumieniu wymienionego artykułu. Wychodząc z powyższego założenia, należy sprawdzić, czy pomoc można uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem. Należy ponadto zauważyć, że rząd niemiecki w odniesieniu do ewentualnej pomocy w ramach transferu Wfa nie wniósł o uwzględnienie żadnego z odstępstw wymienionych w Traktacie.
- (258) Żadne odstępstwo określone w art. 87 ustęp 2 Traktatu WE nie znajduje w powyższej sytuacji zastosowania. Pomoc nie ma charakteru socjalnego, ani nie została przyznana indywidualnym konsumentom. Nie miała ona także na celu naprawienia szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi lub innym zdarzeniami nadzwyczajnymi, ani skompensowania niekorzystnych skutków gospodarczych spowodowanych podziałem Niemiec.

(259) Pomoc nie ma celu wspierania regionów – nie jest przeznaczona ani na sprzyjanie rozwojowi gospodarstwu regionów, w których poziom życia jest nienormalnie niski lub regionów, w których istnieje poważny stan niedostatecznego zatrudnienia, ani na ułatwianie rozwoju niektórych regionów gospodarczych – dlatego nie ma zastosowania ani art. 87 ustęp 3 lit. a), ani aspekt regionów gospodarczych wymieniony w art. 87 ustęp 3 lit. c) Traktatu WE. Wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturowego także nie stanowią celu pomocy.

(260) Kontynuacja działalności WestLB również nie była zagrożona w momencie przeprowadzania wymienionego działania, dlatego nie pojawiła się kwestia czy bankructwo jednego dużego banku, jakim jest WestLB, mogłoby doprowadzić do kryzysu sektora bankowego w Niemczech, co z kolei na podstawie art. 87 ustęp 3 lit. b) Traktatu WE mogłoby uzasadniać przyznanie pomocy w celu zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce Niemiec.

(261) Zgodnie z art. 87 ustęp 3 lit. c) Traktatu WE za zgodną ze wspólnym rynkiem może zostać uznana pomoc państwa przeznaczona na sprzyjanie rozwojowi niektórych regionów gospodarczych. Zasadniczo powyższe może także dotyczyć pomocy na restrukturyzację w sektorze bankowym. W niniejszym przypadku jednakże brak przesłanek koniecznych do zastosowania powyższych odstępstw. Banku WestLB nie można uznać za przedsiębiorstwo przeżywające trudności, które musi otrzymać pomoc państwa dla odzyskania rentowności.

(262) Art. 86 ustęp 2 Traktatu WE, który dopuszcza w określonych wyjątkowych sytuacjach odstępstwa od przepisów Traktatu o pomocy państwa, zasadniczo dotyczy także sektora usług finansowych. Komisja potwierdziła powyższe stwierdzenie w sprawozdaniu pt. „Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym przez sektor bankowy”⁽¹⁾. Jednak nie pozostawia wątpliwości, że transfer przeprowadzono, aby bank WestLB był w stanie sprostać nowym wymogom dotyczącym kapitału własnego, bez związku z jakimikolwiek usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym. Niemcy nie podniosły ponadto, że poprzez transfer Wfa bank WestLB miałby otrzymać rekompensatę za świadczenie określonych usług w ogólnym interesie gospodarczym. Dlatego nie ma zastosowania także powyższe odstępstwo.

(263) Ponieważ żadne z odstępstw od zasady zakazu pomocy państwa wymienione w art. 87 ustęp 1 Traktatu WE nie znajduje zastosowania, niniejszej pomocy państwa nie można uznać za zgodną z Traktatem

VII. WNIOSEK

(264) Komisja stwierdza, że Niemcy przyznały pomoc niezgodnie z prawem, naruszając art. 88 ustęp 3 Traktatu WE. W związku z tym przyznana pomoc jest bezprawna.

(265) Pomocy nie można uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem ani na podstawie art. 87 ustęp 2 lub ustęp 3,

⁽¹⁾ Powyższe sprawozdanie przedłożono Radzie ds. Gospodarki i Finansów w dniu 23 listopada 1998 roku. Nie zostało ono opublikowane. Powyższe sprawozdanie można otrzymać w Dyrekcji Generalnej IV ds. Konkurencji, oraz przeczytać na stronie internetowej Komisji.

ani na podstawie innego postanowienia Traktatu WE. Pomoc uznaje się za niezgodną ze wspólnym rynkiem, należy ją znieść, a wielkość pomocy przyznanej niezgodnie z prawem musi zostać zwrócona przez rząd niemiecki -

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

Pomoc państwa przyznana przez Niemcy na rzecz Westdeutsche Landesbank Girozentrale, obecnie WestLB AG, w wysokości 978,51 mln EUR w okresie od 1 stycznia 1992 r. do 1 sierpnia 2002 r. jest niezgodna ze wspólnym rynkiem.

Artykuł 2

Niemcy podejmą wszystkie konieczne działania, aby odzyskać od beneficjenta pomoc wymienioną w art. 1, przyznaną bezprawnie.

Artykuł 3

Windykacja pomocy nastąpi niezwłocznie według postępowania krajowego, jeśli możliwe będzie natychmiastowe i rzeczywiste wykonanie niniejszej decyzji.

Kwota pomocy podlegająca windykacji zostanie zwiększona o odsetki, które zostaną obliczone od dnia udostępnienia bezprawnej pomocy beneficjentowi do jej rzeczywistego zwrotu.

Odsetki zostaną obliczone zgodnie z postanowieniami rozdziału V rozporządzenia Komisji (WE) nr 794/2004. ⁽¹⁾

Artykuł 4

W terminie dwóch miesięcy od daty ogłoszenia niniejszej decyzji Niemcy poinformują Komisję przy pomocy załączonego kwestionariusza o środkach podjętych celem wykonania decyzji.

Artykuł 5

Niniejsza decyzja jest skierowana do Republiki Federalnej Niemiec.

Bruksela, dnia 20 października 2004 r.

W imieniu Komisji
Mario MONTI
Członek Komisji

⁽¹⁾ Dz.U. L 140 z 30.4.2004, str. 1.

ZAŁĄCZNIK

INFORMACJE DOTYCZĄCE WYKONANIA DECYZJI KOMISJI

1. **Obliczenie kwoty podlegającej zwrotowi**

- 1.1. Prosimy o przedłożenie następujących danych szczegółowych dotyczących wysokości kwoty przyznanej nielegalnej pomocy, którą udostępniono beneficjentowi.

Data płatności ^(o)	Wysokość pomocy ^(o)	Waluta	Beneficjent

^(o) Data udostępnienia pomocy lub poszczególnych rat pomocy beneficjentowi (jeśli działanie składa się z kilku rat oraz wynagrodzenia, należy użyć oddzielnych wierszy dla ich wymienienia)

^(*) Wysokość przyznanej beneficjentowi pomocy (ekwiwalent pomocy brutto)

Uwagi:

- 1.2. Prosimy o dokładne wyjaśnienie sposobu wyliczenia odsetek, które należy zapłacić od pomocy podlegającej windykacji.

2. **Działania już podjęte lub zaplanowane w celu windykacji pomocy państwa**

- 2.1. Prosimy o dokładne opisanie, jakiego rodzaju działania zostały podjęte oraz jakie zaplanowano, aby przeprowadzić bezpośrednią i skuteczną windykację pomocy państwa. Prosimy o wyjaśnienie, jakie istnieją działania alternatywne na podstawie prawa krajowego w celu przeprowadzenia windykacji. Prosimy o udzielenie informacji, jeśli istnieje, o podstawie prawnej przeprowadzonych/zaplanowanych działań.
- 2.2. Kiedy windykacja pomocy zostanie zakończona?

3. **Windykacja przeprowadzona**

- 3.1. Prosimy o przedłożenie następujących danych szczegółowych dotyczących pomocy, którą beneficjent już zwrócił:

Data ⁽ⁱ⁾	Zwrócona kwota	Waluta	Beneficjent

⁽ⁱ⁾ Data zwrotu pomocy

- 3.2. Prosimy o potwierdzenie kwot zwróconej pomocy, które wymieniono w powyższej tabeli w punkcie 3.1.

DECYZJA KOMISJI**z dnia 20 października 2004 r.****w sprawie pomocy państwa udzielonej przez Niemcy na rzecz Norddeutsche Landesbank – Girozentrale***(notyfikowana jako dokument nr C(2004) 3926)***(Jedynie tekst w języku niemieckim jest autentyczny)****(Tekst mający znaczenie dla EOG)**

(2006/738/WE)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, w szczególności jego art. 88 ust. 2 akapit pierwszy,

uwzględniając Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym, w szczególności jego art. 62 ust. 1 lit. a),

po wezwaniu ⁽¹⁾ Państwa Członkowskiego oraz innych zainteresowanych stron do przedstawienia uwag zgodnie z wyżej wymienionymi artykułami oraz po uwzględnieniu tych uwag,

a także mając na uwadze, co następuje:

I. PROCEDURA

- (1) Przedmiotem postępowania jest transfer trzech krajowych urzędów powierniczych (Landestreuhandstellen, dalej zwanych „LTS”) przez kraj związkowy Dolna Saksonia do Północnoniemieckiego Banku Krajowego – Centrali Żyrowej (Norddeutsche Landesbank – Girozentrale, dalej zwanego „NordLB”). Postępowanie związane jest z innymi sześcioma postępowaniami prowadzonymi przeciw Niemcom w związku z transferami aktywów do banków krajów związkowych, szczególnie do banku Westdeutsche Landesbank Girozentrale (Zachodnoniemiecki Bank Krakowy – Centrala Żyrowa, dalej zwany „WestLB”).
- (2) Komisja przekazała Niemcom w dniu 12 stycznia 1993 r. zapytanie dotyczące podwyższenia kapitału banku WestLB wskutek połączenia z Instytucją Wspierającą Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego (Wohnungsbauförderanstalt, dalej zwanej „Wfa”) oraz dotyczące podobnych podwyższeń środków własnych banków krajów związkowych w innych krajach związkowych. W tym piśmie Niemcy zostały poproszone o przekazanie informacji, w jakich bankach krajów związkowych doszło do wniesienia funduszy celowych oraz jakie powody mogłyby uzasadniać przeprowadzenie powyższych transakcji.
- (3) Niemcy odpowiedziały pismami z dnia 16 marca 1993 r. oraz 17 września 1993 r. Komisja zwróciła się z zapytaniem o dalsze informacje w pismach z dnia 10 listopada 1993 r. oraz 13 grudnia 1993 r., a Niemcy przekazały kolejną odpowiedź pismem z dnia 8 marca 1994 r.

- (4) Pismami z dnia 31 maja 1994 r. oraz 21 grudnia 1994 r. Federalne Zrzeszenie Niemieckich Banków (Bundesverband deutscher Banken e.V., dalej zwane „BdB”), reprezentujące banki prywatne z siedzibą w Niemczech, poinformowało Komisję między innymi, iż na mocy ustawy z dnia 17 grudnia 1991 r. dokonano transferu udziałów kraju związkowego Dolna Saksonia w funduszu wspierającym rozwój mieszkalnictwa, rolnictwa oraz gospodarki przemysłowej z dniem 31 grudnia 1991 r. na rzecz banku NordLB. Zdaniem BdB wskutek podwyższenia środków własnych banku NordLB doszło do zakłócenia konkurencji na korzyść tego banku, ponieważ nie uzgodniono wynagrodzenia zgodnego z rynkowymi zasadami działania inwestora. Za pośrednictwem drugiego z wymienionych pism BdB wniosło formalną skargę oraz zwróciło się do Komisji o wszczęcie przeciw Niemcom procedury na podstawie art. 93 ust. 2 Traktatu WE (obecnie art. 88 ust. 2 Traktatu WE). W lutym oraz marcu 1995 roku oraz w grudniu 1996 roku kilka banków przystąpiło do wymienionej skargi ich Zrzeszenia.

- (5) Komisja przeprowadziła najpierw badanie transferu majątku do banku WestLB, oświadczyła jednakże, że przebadania przeniesienia do innych banków krajów związkowych, szczególnie na rzecz banku NordLB, w świetle wyników w sprawie WestLB ⁽²⁾. W roku 1999 Komisja podjęła ostateczną decyzję 2000/392/WE ⁽³⁾ w powyższej sprawie i uznała pomoc (różnicę między zapłaconym wynagrodzeniem a wynagrodzeniem rynkowym) za niezgodną ze wspólnym rynkiem oraz nakazała windykację pomocy. Powyższą decyzję uchylił Sąd Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich w dniu 6 marca 2003 r. z powodu niedostatecznego uzasadnienia dwóch parametrów zastosowanych do obliczenia wysokości wynagrodzenia, ponadto jednakże w pełni ją potwierdził. Znając porozumienie między głównym skarżącym, WestLB oraz krajem związkowym Nadrenia Północna-Westfalia, dnia 20 października 2004 r. Komisja wydała nową decyzję, która uwzględniała zastrzeżenia sądu.
- (6) Po podjęciu decyzji 2000/392/WE Komisja przekazała Niemcom w dniu 1 września 1999 r. zapytanie dotyczące transferów do innych banków krajów związkowych. Niemcy w odpowiedzi przesłali pismo z dnia 8 grudnia

⁽²⁾ Dz.U. C 140, z 5.5.1998, str. 9.⁽³⁾ Dz.U. L 150 z 23.6.2000, str. 1; środki odwoławcze wniosły Niemcy (Spr. C 376/99), Nadrenia Północna-Westfalia (Spr. T-233/99) oraz bank WestLB (Spr. T 228/99); Komisja wszczęła postępowanie o naruszenie prawa wspólnotowego (Spr. C 209/00).⁽¹⁾ Dz.U. C 81, z 4.4.2003 str. 2.

1999 r. zawierające informacje o transferze krajowych urzędów powierniczych do banku NordLB, które na następne zapytanie Komisji uzupełniono pismem z dnia 22 stycznia 2001 r.

- (7) W dniu 1 maja 2001 r. Komisja zwróciła się zapytaniem o dalsze dane odnośnie do transferów kapitału przeprowadzonych przez Dolnosaksoński Związek Kas Oszczędnościowych i Żyrowych (Niedersächsischer Sparkassen und Giroverband, dalej zwany „NSGV”), na które Niemcy odpowiedziały w dniu 15 maja 2001 r.
- (8) Pismem z dnia 13 listopada 2002 r. Komisja poinformowała Niemcy o swojej decyzji o wszczęciu procedury na mocy art. 88 ust. 2 Traktatu WE w sprawie przeniesienia funduszu celowego kraju związkowego Dolna Saksonia do banku NordLB. Komisja wszczęła jednocześnie procedurę w sprawie podobnych transferów aktywów do banków krajów związkowych Bayerische Landesbank – Girozentrale, Landesbank Schleswig-Holstein – Girozentrale, Hamburgische Landesbank – Girozentrale oraz Landesbank Hessen-Thüringen. Wcześniej Komisja wszczęła już w lipcu 2002 r. procedurę w sprawie transferu funduszu celowego do Landesbank Berlin.
- (9) Decyzje dotyczące wszczęcia procedur opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej⁽¹⁾. Komisja wezwała inne zainteresowane strony do przedstawienia uwag.
- (10) Pismem z dnia 11 kwietnia 2003 r. Niemcy przekazały swoje uwagi odnośnie do wszczęcia procedury w sprawie banku NordLB.
- (11) Pismem z dnia 29 lipca 2003 r. BdB zajęło wspólne stanowisko odnośnie do wszystkich decyzji o wszczęciu procedur z dnia 13 listopada 2002 roku. Dnia 30 października 2003 r. Niemcy przesłały komunikat z odpowiedzią rządu kraju związkowego Nadrenia Północna-Westfalia oraz banku WestLB AG na uwagi BdB, który dotyczył również procedury w sprawie o wniesienie LTS do banku NordLB.
- (12) Na kolejne zapytanie Komisji z dnia 1 września 2003 r. Niemcy przekazały dalsze informacje w piśmie z dnia 28 października 2003 r. oraz ustosunkowały się do uwag BdB w sprawie banku NordLB.
- (13) Dnia 7 kwietnia 2004 r. oraz dnia 3 maja 2004 r. Komisja wystosowała kolejne zapytania do Niemiec, na które odpowiadano dnia 27 maja 2004 r. oraz dnia 28 czerwca 2004 r. W dniach 16 sierpnia oraz 9 września 2004 r. Niemcy przesłały uwagi uzupełniające do dotychczasowego stanowiska.
- (14) Dnia 19 lipca 2004 r. główny skarżący BdB, kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia oraz bank WestLB AG przekazały tymczasowe porozumienie o odpowiednim wynagrodzeniu za przekazany majątek. Powyższe wynagrodzenie powinno ich zdaniem stać się podstawą podjęcia decyzji przez Komisję. Ponadto BdB, kraj związkowy Dolna Saksonia oraz bank NordLB przekazały propozycję porozumienia o odpowiednim wynagrodzeniu za przeniesiony majątek LTS. Do Komisji wpłynęły następnie liczne pisma od tych zainteresowanych stron oraz od Niemiec.

Ostateczną wersję porozumienia dotyczącego przeniesienia majątku LTS do banku NordLB Komisja otrzymała w dniu 7 października 2004 r.

II. DOKŁADNY OPIS POMOCY

1. PÓLNOCNONIEMIECKI BANK KRAJOWY – CENTRALA ŻYROWA (NORDDEUTSCHE LANDESBANK – GIROZENTRALE)
- (15) Bank NordLB, do którego wniesiono LTS, jest publiczno-prawną instytucją kredytową posiadającą formę prawną instytucji prawa publicznego z siedzibą w Hanowerze, Braunschweigu, Magdeburgu i Schwerinie. Jest to jeden z największych banków niemieckich wykazujący sumę bilansową koncernu w wysokości ok. 193 mld EUR (dzień bilansowy 31 grudnia 2003 r.) oraz zatrudniający obecnie około 9 500 pracowników.
- (16) Bank NordLB powstał w roku 1970 wskutek porozumienia czterech publicznych instytucji kredytowych (Niedersächsische Landesbank, Braunschweigische Staatsbank wraz z Braunschweigische Landessparkasse, Hannoversche Landeskreditanstalt oraz Niedersächsische Wohnungskreditanstalt-Stadtschaft).
- (17) Właścicielami banku NordLB w momencie przeniesienia kapitału, które jest obecnie badane, był kraj związkowy Dolna Saksonia w 60 % oraz Dolnosaksoński Związek Kas Oszczędnościowych i Żyrowych (Niedersächsischer Sparkassen und Giroverband, dalej zwany „NSGV”), korporacja prawa publicznego, w 40 %.
- (18) Na mocy dwóch umów państwowych podpisanych w latach 1991 i 1992 kraje związkowe Dolna Saksonia, Saksonia-Anhalt i Meklemburgia-Pomorze Przednie uzgodniły, że bank NordLB będzie kontynuował działalność jako ich wspólna instytucja prawa publicznego. Z dniem 12 stycznia 1993 r. struktura udziałowo-poręczycielska zmieniła się w następujący sposób: kraj związkowy Dolna Saksonia 40 %, NSGV 26,66 %, kraj związkowy Saksonia-Anhalt 10 %, kraj związkowy Meklemburgia-Pomorze Przednie 10 %, Zrzeszenie Udziałowców Kas Oszczędnościowych Saksonia-Anhalt (Sparkassenbeteiligungsverband, dalej zwane „SBV”) 6,66 %, Zrzeszenie Celowe Udziałowców Kas Oszczędnościowych Meklemburgia-Pomorze Przednie (Sparkassenbeteiligungszweckverband, dalej zwane „SZV”) 6,66 %.
- (19) Zgodnie ze statutem bank NordLB wypełnia zadania banku kraju związkowego, centralnego banku kas oszczędnościowych oraz banku komercyjnego. Może on przeprowadzać inne transakcje różnego rodzaju, które służą celom działalności prowadzonej przez bank, jego udziałowcom oraz korporacjom komunalnym w krajach związkowych. W regionie Braunschweigu bank NordLB działa jako kasa oszczędnościowa. NordLB oferuje usługi dla klientów prywatnych, instytucjonalnych, dla przedsiębiorstw oraz dla sektora publicznego, zajmuje ważną pozycję na międzynarodowych rynkach kapitałowych, zarówno działając na własny rachunek, jak i na rachunek innych emitentów papierów dłużnych. NordLB, podobnie jak wiele innych niemieckich banków uniwersalnych, posiada także udziały w instytucjach finansowych oraz innych przedsiębiorstwach.

⁽¹⁾ Dz.U. C 81, z 4.4.2003 str. 2.

- (20) Bank NordLB jest obecny we wszystkich miejscach ważnych dla światowych finansów i handlu. Bank utrzymuje biuro giełdowe we Frankfurcie, oddziały w Londynie, Nowym Jorku, Singapurze, Sztokholmie, Helsinkach oraz Szanghaju, przedstawicielstwa w Oslo, Tallinie i Pekinie, a także spółki zależne w Londynie, Zurychu, Luksemburgu, Rydze, Wilnie i Warszawie.
- (21) W roku 2003 współczynnik środków własnych NordLB wynosił 11,5 % dla banku oraz 10,1 % dla koncernu; współczynnik kapitału podstawowego natomiast 7,1 % dla banku i 6,3 % dla koncernu. Rentowność kapitału własnego wynosiła w roku 2003 [...] (*) %.

2. KRAJOWE URZĘDY POWIERNICZE (LANDESTREUHANDSTELLEN, „LTS”)

- (22) Kraj związkowy Dolna Saksonia utworzył w roku 1948 „urząd powierniczy”, którego zadaniem było wspieranie socjalnego budownictwa mieszkaniowego. Na podstawie tzw. umowy powierniczej między krajem związkowym a bankiem NordLB, bank przejął administrację funduszu celowego oraz zadania urzędu powierniczego. Na podstawie powyższej umowy powierniczej i dwóch kolejnych takiego samego rodzaju, bank NordLB został prawnym – lecz nie gospodarczym – posiadaczem i zarządcą powierniczym majątku funduszy wspierających budownictwo mieszkaniowe, rolnictwo i gospodarkę kraju związkowego. Kredyty preferencyjne były udzielane we własnym imieniu, ale z ekonomicznego punktu widzenia na rachunek kraju związkowego.
- (23) Te trzy urzędy powiernicze kraju związkowego są z prawnego punktu widzenia zależne, stanowią jednakże samodzielne zakresy działalności banku NordLB zarówno pod względem ekonomicznym, personalnym, jak i organizacyjnym. Są one ponadto zwolnione z podatku od osób prawnych, podatku od działalności gospodarczej i podatku majątkowego.
- (24) *Urząd powierniczy – Budownictwo mieszkaniowe (LTS-Wohnungswesen)* zarządza funduszem celowym oraz poręczeniami kraju związkowego, które mają na celu wspieranie rozwoju budownictwa mieszkaniowego. Wspiera on szczególnie budowę nowych mieszkań oraz modernizację mieszkań własnościowych i mieszkań na wynajem, a także nabywanie prawa własności do mieszkań.
- (25) *Urząd powierniczy – Rolnictwo (LTS-Agrar)* zarządza pożyczkami publicznymi i dotacjami na wspieranie rolnictwa, szczególnie na wspieranie inwestycji rolniczych i działań podejmowanych w gospodarce leśnej.
- (26) *Urząd powierniczy – Gospodarka (LTS-Wirtschaft)* udziela i zarządza pożyczkami i dotacjami w zakresie wspierania działalności gospodarczej, szczególnie na inwestycje realizowane przez małe i średnie przedsiębiorstwa oraz na rzecz podejmowania samodzielnej działalności gospodarczej. Ma on pieczę nad inicjatywą wspólnotową INTERREG oraz jest

uznanym pośrednikiem finansowym w ramach „Joint European Venture” (JEV).

3. WYMOGI KAPITAŁOWE ZGODNIE Z DYREKTYWĄ W SPRAWIE FUNDUSZY WŁASNYCH

- (27) Zgodnie z dyrektywą Rady 89/647/EWG z dnia 18 grudnia 1989 r. w sprawie wskaźnika wypłacalności instytucji kredytowych ⁽¹⁾ (dalej zwaną „dyrektywą w sprawie współczynnika wypłacalności”) oraz dyrektywą Rady 89/299/EWG z dnia 17 kwietnia 1989 r. w sprawie funduszy własnych instytucji kredytowych ⁽²⁾ (dalej zwaną „dyrektywą w sprawie funduszy własnych”), na podstawie których znowelizowano Prawo bankowe (Kreditwesengesetz, dalej zwane „KWG”), banki są zobowiązane posiadać kapitał obowiązkowy w wysokości 8 % aktywów ważonych ryzykiem. Z tego co najmniej 4 punkty procentowe winien stanowić tzw. kapitał podstawowy (kapitał „pierwszej kategorii”), którego składnikami instytucja kredytowa dysponuje bez ograniczeń oraz bezpośrednio na pokrycie ryzyk i strat, jak tylko one wystąpią. W świetle przepisów o nadzorze bankowym kapitał podstawowy ma decydujące znaczenie dla wysokości łącznych środków własnych banku, ponieważ na zabezpieczenie transakcji banku obciążonych ryzykiem można przeznaczyć tylko kapitał uzupełniający (kapitał „drugiej kategorii”) do wysokości kapitału podstawowego.
- (28) Banki niemieckie były zobowiązane do dnia 30 czerwca 1993 r. dostosować wielkość kapitału obowiązkowego do wymogów dyrektywy w sprawie wskaźnika wypłacalności oraz dyrektywy w sprawie funduszy własnych ⁽³⁾.
- (29) Przed wdrożeniem dyrektywy w sprawie współczynnika wypłacalności do prawa niemieckiego wiele banków krajów związkowych było stosunkowo słabo wyposażonych w kapitał obowiązkowy. Te instytucje kredytowe musiały w trybie pilnym zwiększyć bazę kapitałową, aby móc rozwijać działalność lub przynajmniej utrzymać wartość prowadzonych transakcji na dotychczasowym poziomie.
- (30) Z powodu napiętej sytuacji budżetowej udziałowcy publiczni nie byli w stanie wnieść nowego kapitału, nie chcieli również przeprowadzać prywatyzacji i sfinansować dodatkowego kapitału na rynkach kapitałowych. Dlatego zdecydowano się przeprowadzić transfer majątku lub kapitału, i tak np. do banku WestLB wniesiono majątek Instytucji Wspierającej Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego („Wfa”), a w przypadku NordLB wymieniony wyżej majątek funduszy celowych trzech urzędów powierniczych LTS.

⁽¹⁾ Dz.U. L 386 z 30.12.1989, uchylona i zastąpiona przez dyrektywę 2000/12/EG, Dz.U. L 126 z 26.5. 2000.

⁽²⁾ Dz.U. L 124 z 5.5.1989, uchylona i zastąpiona przez dyrektywę 2000/12/EG, Dz.U. L 126 z 26.5. 2000.

⁽³⁾ Zgodnie z dyrektywą w sprawie współczynnika wypłacalności instytucje kredytowe są zobowiązane posiadać środki własne w wysokości co najmniej 8 % aktywów ważonych ryzykiem, podczas gdy zgodnie ze starymi niemieckimi przepisami wymagany był wskaźnik w wysokości 5,6 %, który opierał się na definicji funduszy własnych, która była bardziej ograniczona niż definicja wiążąca od momentu wejścia w życie dyrektywy w sprawie funduszy własnych.

4. WNIESIENIE LTS I JEGO SKUTKI

a. TRANSFER

- (31) Na mocy Ustawy o wniesieniu majątku funduszu celowego kraju związkowego Dolna Saksonia do obowiązkowego kapitału własnego Północnoniemieckiego Banku Krajowego – Centrali Żyrowej⁽¹⁾, przyjętej przez Parlament Krajowy Dolnej Saksonii w dniu 17 grudnia 1991 r., upoważniono ministerstwo finansów kraju związkowego do przeniesienia udziałów kraju związkowego w majątku funduszy celowych trzech LTS do banku NordLB w postaci kapitału własnego według wartości rynkowej. Kraj związkowy zobowiązał się również do utrzymania przekazanego majątku funduszu celowego w wartości rynkowej w wysokości co najmniej 1,5 mld DEM.
- (32) Na mocy ustawy kraj związkowy Dolna Saksonia oraz bank NordLB zawarły w dniu 20 grudnia 1991 r. umowę o wniesieniu, zgodnie z którą kraj związkowy przeniósł wszystkie swoje udziały we właściwych majątkach funduszy celowych na bank NordLB w postaci obowiązkowego kapitału własnego. Celem transferu było podwyższenie uznane przez nadzór bankowy kapitału własnego banku NordLB o 1,5 mld DEM.

b. WARTOŚĆ LTS

- (33) Bank NordLB zlecił 21 lutego 1992 r. spółce biegłych rewidentów Treuarbeit AG wycenę majątku wniesionego na dzień 31 grudnia 1991 r. Powyższa spółka wyceniła przekazany majątek łącznie na 1,7544 mld DEM oraz potwierdziła, że rezerwa celowa w wysokości 1,5 mld DEM, utworzona w związku z przeniesieniem i wykazana w bilansie banku NordLB na dzień 31 grudnia 1991 r. jako kapitał własny, posiada wymienioną wartość.
- (34) Wartość majątku wniesionego przez kraj związkowy Dolna Saksonia do banku NordLB wyceniany jest na bieżąco. Poniższa tabela przedstawia wartości obliczone do końca roku 2003:

Dzień bilansowy	Wartość w mln DEM
31.12.1991	1 754,4
31.12.1992	[...]
31.12.1993	[...]
31.12.1994	[...]
31.12.1995	[...]
31.12.1996	[...]
31.12.1997	[...]
31.12.1998	[...]
31.12.1999	[...]
31.12.2000	[...]
31.12.2001	[...]
31.12.2002	[...]
31.12.2003	[...]

- (35) Uwzględniając ekspertyzę biegłych spółki Treuarbeit AG, w dniu 26 lutego 1992 r. bank NordLB złożył w Federalnym

Urzędzie Nadzoru Bankowości (Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, dalej zwany „BAKred”) wniosek o uznanie w świetle przepisów o nadzorze bankowym rezerwy celowej w wysokości 1,5 mld DEM za obowiązkowe środki własne zgodnie z § 10 ust. 2 zdanie 2 KWG (Prawo bankowe).

- (36) W dniu 26 lipca 1993 r. BAKred uznał tymczasowo 1,5 mld DEM za obowiązkowy kapitał podstawowy. Po uzyskaniu wymaganego przez BAKred dodatkowego uściślenia przez kraj związkowy Dolna Saksonia odnośnie do jego zobowiązania do utrzymania wartości majątku funduszy celowych na poziomie co najmniej 1,5 mld DEM, Federalny Urząd Nadzoru Bankowości zadecydował ostatecznie w dniu 22 listopada 1993 r., iż odrzuca początkowe wątpliwości dotyczące utrzymania wartości rezerwy celowej. Przed formalnym uznaniem majątku funduszy celowych LTS za kapitał podstawowy przez BAKred, tolerował on rzeczywiste wykorzystanie majątku funduszy celowych na cele gwarancyjne, na ile było to konieczne, aby sprostać aktualnie obowiązującym przepisom dotyczącym wypłacalności.
- (37) Kwotę w wysokości 1,5 mld DEM wykazano łącznie jako rezerwę celową w pozycji kapitału własnego NordLB od momentu wniesienia, podczas gdy każdorazową kwotę różnicy do wartości majątku księgowano jako rezerwę na zobowiązania z umowy o wniesieniu.
- (38) Niemcy podały, że z wniesionego majątku ok. 100 mln DEM rocznie przeznaczano na zabezpieczenie działalności wspierającej. Pozostała część majątku bank NordLB mógł wykorzystać od momentu uznania przez BAKred na zabezpieczenie działalności komercyjnej. Przed uznaniem przez BAKred na pokrycie działalności komercyjnej można było wykorzystać wyłącznie taką część majątku funduszy celowych, która rzeczywiście była konieczna, aby sprostać wymogom stawianym przez przepisy dotyczące wypłacalności.
- (39) Poniżej wykazano szczegółowo kwoty udostępnione na działalność komercyjną:

1992	Wartość udostępniona na działalność komercyjną zgodnie z informacjami Niemiec, w mln DEM
Styczeń	120
Luty	101
Marzec	145
Kwiecień	109
Maj	71
Czerwiec	0
Lipiec	0
Sierpień	0
Wrzesień	0
Październik	19
Listopad	63
Grudzień	162

⁽¹⁾ Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt (Dolnosaksoński Dziennik Urzędowy), nr 47/1991, str. 358.

1993	Wartość udostępniona na działalność komercyjną zgodnie z informacjami Niemiec, w mln DEM
Styczeń	133
Luty	133
Marzec	207
Kwiecień	147
Maj	174
Czerwiec	1 143
Lipiec	1 222
Sierpień	1 071
Wrzesień	1 176
Październik	1 204
Listopad	1 149
Grudzień	1 197

Niezależnie od wykorzystania aktywów zgodnie z przepisami nadzoru bankowego, bank NordLB jest zgodnie z umową zobowiązany wobec kraju związkowego do podania przed rozpoczęciem każdego roku obrotowego wysokości przewidywanego wykorzystania majątku funduszy celowych LTS (tzw. pokrycie kapitału). W roku 1992 bank NordLB zgłosił 180 mln DEM. W roku 1993 wykorzystano 1,4 mld DEM. Od roku 1994 kapitał zgłoszony krajowi związkowemu pokrywa się z maksymalną wartością udostępnianą na rzecz działalności komercyjnej (kwoty różnicy do 1,5 mld DEM wykorzystano na potrzeby działalności wspierającej).

Dzień bilansowy	Wykorzystany kapitał w mln DEM
31.12.1991	–
31.12.1992	180
31.12.1993	1 400
31.12.1994	1 400
31.12.1995	1 390
31.12.1996	1 390
31.12.1997	1 390
31.12.1998	1 390
31.12.1999	[...]
31.12.2000	[...]
31.12.2001	[...]
31.12.2002	[...]
31.12.2003	[...]

c. SKUTKI PRZENIESIENIA MAJĄTKU LTS DO BANKU NORDLB

- (40) Według danych Niemiec bank NordLB posiadał na dzień 31 grudnia 1991 r. kapitał podstawowy w wysokości 2,043 mld DEM oraz kapitał uzupełniający w wysokości 543 mln DEM. W stosunku do wówczas posiadanego kapitału

własnego w łącznej wysokości 2,586 mld DEM majątek funduszu celowego w wysokości 1,5 mld DEM podwyższył kapitał własny o 58 %.

- (41) Możliwość rozszerzenia działalności przy użyciu aktywów ważonych ryzykiem w 100 % zwiększyła się o współczynnik 12,5, tzn. o ok. 17,5 mld DEM. W rzeczywistości dzięki podwyższeniu środków własnych o ok. 1,4 mld DEM można o wiele bardziej rozszerzyć dopuszczalną wartość kredytów, ponieważ ryzykowne aktywa banku zwykle nie są wazone ryzykiem 100 %. W rzeczywistości zdolność do udzielania kredytów zwiększyła się pośrednio jeszcze bardziej, gdyż podwyższenie kapitału podstawowego banku NordLB umożliwiło dalsze pozyskanie kapitału uzupełniającego.

d. WYNAGRODZENIE ZA WNIESIENIE LTS

- (42) W § 7 ust. 1 umowy o wniesieniu kapitału z dnia 20 grudnia 1991 r. uzgodniono wynagrodzenie w wysokości 0,5 % rocznie po opodatkowaniu za wniesienie majątku wszystkich trzech LTS. Wynagrodzenie uiszczają się corocznie z dołu. Bank NordLB jest zobowiązany ustalić wysokość wynagrodzenia do 31 stycznia każdego roku obrotowego. Stopa wynagrodzenia odnosi się zgodnie z postanowieniami umowy do zgłoszonego wykorzystania rezerwy utworzonej według umowy o wniesieniu kapitału, tzn. tylko do kapitału wykorzystanego. Zgodnie z powyższym uiszczono następujące kwoty:

Dzień bilansowy	Wykorzystany kapitał w mln DEM	Stopa procentowa	Wypłacone wynagrodzenie w mln DEM
31.12.1992	180	0,5 %	0,9
31.12.1993	1 400	0,5 %	7
31.12.1994	1 400	0,5 %	7
31.12.1995	1 390	0,5 %	6,95
31.12.1996	1 390	0,5 %	6,95
31.12.1997	1 390	0,5 %	6,95
31.12.1998	1 390	0,5 %	6,95
31.12.1999	[...] (*)	0,5 %	[...]
31.12.2000	[...]	0,5 %	[...]
31.12.2001	[...]	0,5 %	[...]
31.12.2002	[...]	0,5 %	[...]
31.12.2003	[...]	0,5 %	[...]

- (43) Zgodnie z umową o wniesieniu kapitału kraj związkowy Dolna Saksonia ma prawo do procentów i rat kapitałowych, które wpływają do majątku funduszy tak długo, jak wartość rynkowa majątku funduszy będzie przekraczała 1,5 mld DEM. Do marca 2003 roku pobrano, według informacji przekazanych przez Niemcy, łącznie kwotę 437,88 mln DEM (242,29 mln EUR), co odpowiada marży,

(*) informacje poufne

oprócz uzgodnionego 0,5 % rocznie, w wysokości ok. 2,79-2,85 % na rok.

e. WNIESIENIE KAPITAŁU PRZEZ INNEGO UDZIAŁOWCA, NSGV

(44) W trakcie wstępnych rozmów dotyczących wniesienia majątku funduszu celowego LTS do banku NordLB, przedstawiciele kraju związkowego Dolna Saksonia dali jasno do zrozumienia, iż wychodzą z założenia wspólnej odpowiedzialności finansowej obu poręczycieli państwowych (Gewährträger) oraz że NSGV winien wnieść odpowiedni własny udział odpowiadający udziałowi kapitałowemu w wysokości 40 %. Jeśli powyższe miałyby spowodować problemy, należy ponownie przedyskutować zmiany stosunków udziałowych.

(45) Projekt porozumienia, które mieli zawrzeć obaj poręczyciele państwowi (Gewährträger), został dołączony do projektu ustawy z dnia 15 października 1991 r. Według informacji przekazanych przez Niemcy powyższe „porozumienie poręczycieli” nie zostało zawarte natychmiast wyłącznie dlatego, że miało być podpisane przez kraj związkowy Saksonia-Anhalt oraz SBV, a SBV jeszcze wówczas nie powstał. W momencie zawierania umowy o wniesieniu majątku w dniu 20 grudnia 1991 r. zgromadzenie poręczycieli państwowych, składające się wówczas z kraju związkowego Dolna Saksonia oraz z NSGV, uzgodniło, że zawrze wymienione porozumienie poręczycieli. Porozumienie zostało podpisane po wejściu w życie umowy państwowej przy współudziale kraju związkowego Saksonia-Anhalt oraz SBV w dniu 5 marca 1992 r.

(46) NSGV wypełnił zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy poniższym swoje zobowiązanie z porozumienia poręczycieli z dnia 5 marca 1992 r. i podwyższył w lipcu i październiku 1994 r. środki własne NordLB uznawane przez nadzór bankowy, podejmując dwa poniżej opisane środki na łączną kwotę 1 mld DEM (odpowiednio do ówczesnego udziału w kapitale NordLB w wysokości 40 %).

(i) **Rezerwa specjalna LBS w wysokości 450 mln DEM**

(47) Krajowa Kasa Oszczędnościowa (LBS), wchodząca dotąd w skład banku NordLB, została, po pertraktacjach przeprowadzonych pod koniec 1993 roku, z dniem 1 lipca 1994 r. wyodrębniona z banku NordLB i usamodzielniona jako instytucja prawa publicznego.

(48) Dotychczas właścicielami LBS byli poręczyciele państwowi w stosunku wewnętrznym: kraj związkowy Dolna Saksonia w 60 % oraz NSGV w 40 %. Wartość LBS wyceniono na 900 mln DEM. Uzgodniono ponadto, że przed wyodrębnieniem bank NordLB uzyska z LBS 450 mln DEM, a NSGV przekaże taką samą kwotę do LBS. Powyższe działanie w kwocie 450 mln DEM zaliczono NSGV na poczet zobowiązania z porozumienia poręczycieli do przekazania NordLB 1 mld DEM, pod warunkiem, że NSGV wnieśnie dodatkowy wkład majątkowy w wysokości 550 mln DEM.

(49) Pobrana kwota w wysokości 450 mln DEM została zaksięgowana przez bank NordLB w rezerwach z zysku w formie rezerwy specjalnej jako dodatkowy obowiązkowy

kapitał własny w rozumieniu przepisów nadzoru bankowego. Rezerwa specjalna podlega tezauryzacyjnie oprocentowaniu w wysokości 7,5 % przed opodatkowaniem oraz przysługuje poręczycielom państwowym zgodnie z ich wewnętrznym stosunkiem: krajowi związkowemu w wysokości 60 % oraz NSGV 40 %.

(ii) **Ciche udziały w wysokości 550 mln DEM**

(50) Zgodnie z informacjami przekazanymi przez stronę niemiecką, NSGV oraz NordLB zawarły dnia 10 października 1994 r. umowę o wkładzie majątkowym zgodnie z § 10 ust. 4 KWG (Prawo bankowe). Zgodnie z powyższą umową NSGV zobowiązał się z dniem 10 października 1994 r. do wniesienia wkładu majątkowego w formie cichego udziału w wysokości 550 mln DEM do banku NordLB w zamian za wynagrodzenie zależne od osiąganego zysku, którego wysokość wynika z bliżej określonej stopy procentowej 10-letnich obligacji na okaziciela w wysokości 7,91 % plus marża w wysokości 1,2 % rocznie. Z powyższego wynika na podstawie informacji przekazanych przez władze niemieckie łączne oprocentowanie w wysokości 9,11 %, które odpowiada rynkowemu wynagrodzeniu za ciche udziały i jednocześnie wynagrodzeniu zapłaconemu krajowi związkowemu Dolna Saksonia za wniesienie majątku funduszu celowego do obowiązkowego kapitału własnego. Zdaniem niemieckich władz wkład został wniesiony zgodnie z umową oraz uznany za obowiązkowy kapitał własny NordLB przez nadzór bankowy.

III. UWAGI ZAINTERESOWANYCH STRON

1. SKARGA I UWAGI GŁÓWNEGO SKARŻĄCEGO

(51) Zdaniem BdB transfer majątku funduszy celowych LTS oraz związane z nim podwyższenie środków własnych NordLB zakłóca konkurencję na korzyść banku NordLB, ponieważ NordLB nie zapłacił wynagrodzenia zgodnie z rynkowymi zasadami działania inwestora.

(52) Zdaniem BdB stosowania zasady inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej nie można ograniczyć tylko do przedsiębiorstw przynoszących straty lub wymagających działań restrukturyzacyjnych. Inwestor podejmując decyzję o inwestycji, nie uzależnia jej od faktu, czy dane przedsiębiorstwo jest rentowne, lecz bada, czy zwrot z kapitału odpowiada stopie rynkowej. Jeśli badania transferów kapitału przez sektor publiczny ograniczono by wyłącznie do przedsiębiorstw przynoszących straty, stanowiłoby to dyskryminację prywatnych przedsiębiorstw, niezgodną z art. 86 ust. 1 Traktatu WE.

(53) Transferu LTS nie można również wykluczyć z zakresu obowiązywania prawa konkurencji na podstawie art. 295 Traktatu WE. Z powyższego artykułu wynika wolność państwa do tworzenia tego rodzaju majątku specjalnego; jeśli jednakże przechodzi on na przedsiębiorstwo działające na zasadach komercyjnych, stosowane są zasady prawa konkurencji.

(54) BdB stwierdziło w skardze, że kwestię dotyczącą ustalenia odpowiedniej wysokości wynagrodzenia za wniesienie funduszy celowych, szczególnie w przypadku banku NordLB, należy rozwiązać w podobny sposób, jaki przyjęła

Komisja w decyzji dotyczącej WestLB z dnia 8 lipca 1999 r. Należy po pierwsze porównać udostępniony kapitał z innymi instrumentami kapitału własnego. Następnie należy obliczyć wynagrodzenie minimalne, którego oczekiwałby inwestor za konkretną inwestycję w kapitał własny banku kraju związkowego. Ostatecznie należy uwzględnić ewentualne dopłaty i potrącenia związane ze szczególnymi cechami transferu.

Porównanie z innymi instrumentami kapitału własnego

- (55) BdB doszło do wniosku, że wniesienie majątku funduszy celowych LTS do banku NordLB – podobnie jak w przypadku wszystkich innych postępowań związanych z wniesieniem kapitałów do banków krajów związkowych – jest porównywalne z wniesieniem kapitału zakładowego.
- (56) Wniesienia funduszy celowych nie można porównać z kapitałem z papierów wartościowych uprawniających do udziału w przyszłych zyskach przedsiębiorstwa (Genussscheine), ponieważ stanowią one wyłącznie kapitał uzupełniający. W Niemczech za kapitał podstawowy w momentach każdorazowego wniesienia, a więc szczególnie pod koniec 1991 roku, uznawano wyłącznie kapitał zakładowy (oraz rezerwy w znaczeniu § 10 ust. 2 KWG) oraz ciche udziały. Porównanie z cichymi udziałami nie znajduje zastosowania w żadnym z przypadków. Po pierwsze inwestor udostępnia ciche udziały wyłącznie na określony czas. Nie może on w związku z tym oczekiwać, że z cichego udziału otrzyma taki sam zwrot, jak z instrumentu kapitału własnego uznanego bezterminowo przez nadzór bankowy, w szczególności jak z wniesienia kapitału zakładowego.
- (57) Po drugie, jeśli twierdzono, że wniesiony kapitał odpowiada za zobowiązania w drugiej kolejności po kapitale zakładowym na podstawie uzgodnień między właścicielami banku kraju związkowego, nie oznacza to jeszcze obniżenia ryzyka dla inwestora. Wniesiony kapitał stanowi znaczną część łącznego kapitału podstawowego, w związku z czym istnieje wysokie prawdopodobieństwo wykorzystania przynajmniej części wniesionego kapitału w przypadku wystąpienia strat⁽¹⁾.
- (58) Różnicę w jakości cichych udziałów w porównaniu z kapitałem, który wniesiono do banków krajów związkowych w formie majątku funduszy celowych, potwierdził także Komitet Bazylejski ds. Nadzoru Bankowego w odniesieniu do definicji kapitału podstawowego zgodnie z przepisami nadzoru bankowego. Zgodnie z przepisami nadzoru bankowego ciche udziały można zaklasyfikować wyłącznie jako tzw. kapitał niższej kategorii pierwszej (lower tier I). Powyższy kapitał może stanowić nie więcej niż 15 % wymaganego współczynnika kapitału podstawowego, tzn. w przypadku współczynnika kapitału podstawowego w wysokości 4 %, kapitał w formie kapitału akcyjnego oraz otwartych rezerw (np. wniesione rezerwy celowe do banków krajów związkowych) powinien stanowić 3,4 %. Ponadto podporządkowane instrumenty kapitału własnego,

np. akcje uprzywilejowane lub papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach, są wykorzystywane przez banki tylko w ograniczonym zakresie. W wyniku presji ze strony agencji ratingowych nie przekroczyły one – inaczej niż w ocenianych tutaj przypadkach – prawie nigdy 10 % łącznego kapitału podstawowego banku. Ciche udziały nie mają zatem zastosowania do inwestycji o dużych wartościach podejmowanych tylko przez jednego inwestora.

Minimalne wynagrodzenie za inwestycję w kapitał zakładowy banku kraju związkowego

- (59) BdB twierdzi, że wszystkie metody obliczenia odpowiedniego wynagrodzenia (zysku z kapitału) za udostępniony kapitał zakładowy wychodzą od zysku wolnego od ryzyka, a następnie dodają premię za ryzyko. Metody te opierają się na następującej podstawowej zasadzie:

oczekiwany zysk inwestycji obciążonej ryzykiem

=

zysk nie obciążony ryzykiem + premia za ryzyko inwestycji

- (60) Do obliczenia zysku nie obciążonego ryzykiem BdB uwzględniła zyski z długoterminowych obligacji państwowych, ponieważ inwestycje w papiery wartościowe o stałym oprocentowaniu emitowane przez państwo są obciążone najniższym ryzykiem lub nie są obciążone żadnym ryzykiem. Aby wykluczyć efekty inflacyjne, dla każdego okresu wniesienia obliczono stopę zysku dla długoterminowych obligacji państwowych najpierw bez uwzględnienia prognoz inflacyjnych. W celu obliczenia podstawowej stopy długoterminowej nieobciążonej ryzykiem, do „realnej stopy podstawowej” w przedmiotowym momencie dodano prognozowaną średnią, długoterminową stopę inflacji w wysokości 3,6 %.
- (61) *Rynkową premię za ryzyko* określa się zdaniem BdB najpierw na podstawie różnicy między średnim zyskiem z długoterminowej inwestycji w akcje a zyskiem z długoterminowej inwestycji w obligacje państwowe.

- (62) Następnie BdB określa współczynnik beta banków krajów związkowych, tzn. indywidualną premię za ryzyko banków, która ma na celu dopasowanie ogólnej premii za ryzyko rynkowe.

Dopłaty i potrącenia związane ze szczególnym charakterem transakcji

- (63) BdB stwierdziło, że stopa odjęta przez Komisję w decyzji 2000/392/WE od minimalnego wynagrodzenia z powodu braku płynności majątku Wfa została potwierdzona przez Sąd Pierwszej Instancji. W związku z tym nie ma powodu, aby w omawianym przypadku zrezygnować z tej metody; także tutaj konieczne jest potrącenie w związku z brakiem płynności. Wysokość potrącenia za brak płynności, zgodnie z metodyką w przypadku WestLB, wynika z kosztów

⁽¹⁾ Ponadto premię za ryzyko lub za poręczenie płaci się przede wszystkim ze względu na ryzyko utraty w przypadku niewypłacalności. Wówczas kapitał jest bezpowrotnie stracony. Przy stałej stracie (częściowej), a więc poza niewypłacalnością, istnieje zawsze szansa, iż kapitał własny zostanie ponownie uzupełniony dzięki zyskom.

refinansowania netto (koszty refinansowania brutto minus odpowiadni podatek płacony przez przedsiębiorstwa).

- (64) Marża zastosowana przez Komisję w decyzji 2000/392/WE została również potwierdzona przez Sąd Pierwszej Instancji. Jeśli także w przypadku innych banków krajów związkowych istnieją okoliczności zwiększające ryzyko w stosunku do „normalnej inwestycji w kapitał zakładowy”, jak częściowo znaczna wartość transferowanego majątku, brak emisji nowych udziałów w spółce i związana z tym rezygnacja z dodatkowych praw do głosu, a także brak zamierności inwestycji, tzn. niemożność wycofania zainwestowanego kapitału z przedsiębiorstwa w wybranym przez inwestora momencie, wówczas zdaniem BdB marża jest również tutaj usprawiedliwiona.

2. UWAGI KRAJU ZWIĄZKOWEGO PÓŁNOCNEJ NADRENII-WESTFALII ORAZ BANKU WESTLB

- (65) W uwagach przekazanych przez Niemcy dnia 30 października 2003 r. odnośnie do decyzji Komisji o wszczęciu procedury, kraj związkowy Nadrenia Północna -Westfalia oraz bank WestLB zakwestionowały porównanie aktywów wniesionych do banków krajów związkowych z kapitałem zakładowym, szczególnie w przypadku NordLB. Ciche udziały oraz obligacje bezterminowe (perpetuals) uznawano w Niemczech za kapitał podstawowy już w 1991 r. Ponadto wynagrodzenie nie zależy od przepisów o nadzorze bankowym, ale od profilu ryzyka danej inwestycji. Ponieważ wniesione majątki służyły do pokrycia strat w drugiej kolejności, strukturę ryzyka można porównać raczej z cichymi udziałami lub z obligacjami bezterminowymi niż z inwestycjami w kapitał zakładowy.
- (66) Z punktu widzenia banku WestLB nie można nic zarzucić metodzie CAPM zastosowanej do obliczenia minimalnego wynagrodzenia za inwestycję w kapitał zakładowy. Jednak wyliczone przez BdB znacznie wyższe niż 1 wartości beta są niewłaściwe. Współczynnik beta większy niż 1 oznacza, że akcje przedsiębiorstwa wiążą się z wyższym ryzykiem niż średnia całego rynku. Jednak w związku z poręczeniami państwowymi Anstaltslast i Gewährträgerhaftung, które w tym czasie nie zostały jeszcze zakwestionowane, ryzyko inwestycji w bank kraju związkowego było wyraźnie niższe niż ogólne ryzyko rynkowe.
- (67) Ponadto w tym specjalnym przypadku banków krajów związkowych nie należy koncentrować się na zysku z kapitału w momencie wniesienia aktywów do banków krajów związkowych. Wprawdzie prywatni inwestorzy stosują ten parametr do badania opłacalności inwestycji, ale w tym przypadku oznaczałoby to, że należy oprzeć się na zysku z kapitału oczekiwanym w roku 1991. Byłoby to jednak sprzeczne z ekonomiczną rzeczywistością, gdyby w 2003 r. inwestor otrzymał zysk z kapitału w wysokości za rok 1991, który przekraczałby znacznie rzeczywistość otrzymany zysk z kapitału. Schemat stałego zastosowania stopy zysku zawiera nieuzasadnioną dyskryminację banków krajów związkowych w stosunku do konkurentów prywatnych.
- (68) Odnośnie do potrącenia za brak płynności wnoszonego majątku bank WestLB i kraj związkowy Nadrenia Północna-

Westfalia są zdania, że od podstawowej stopy zysku z kapitału należy odjąć pełną stopę bezpiecznych obligacji państwowych. Wniesienie aktywów do banków krajów związkowych nie wiązało się dla nich z dodatkową płynnością. Pomniejszenie tej stawki o zaoszczędzony podatek nie ma ekonomicznego uzasadnienia, ponieważ ceny instrumentów rynku kapitałowego nie zależą od aktualnie obowiązujących podatków. W przeciwnym razie ceny instrumentów rynku kapitałowego zmieniałyby się w zależności od zmian podatków.

- (69) Wreszcie ryzyko, i co za tym idzie wynagrodzenie, należy pomniejszyć, ponieważ majątek nie posiada płynności, a więc nie jest również obciążony ryzykiem jej utraty. W związku z tym należy uwzględnić odpowiednie potrącenie. Potrącenie konieczne jest również ze względu na tzw. efekt właściciela, ponieważ inwestor posiadający już udziały w przedsiębiorstwie zupełnie inaczej ocenia dodatkową inwestycję niż nowy inwestor.

3. UWAGI BANKU NORDLB ORAZ KRAJU ZWIĄZKOWEGO DOLNA SAKSONIA

- (70) Argumenty banku NordLB oraz kraju związkowego Dolna Saksonia zostały również przedstawione przez rząd federalny. W związku z tym zostały przedstawione razem z uwagami Niemiec.

4. UWAGI NIEMIEC

- (71) Zdaniem Niemiec również po uzyskaniu orzeczenia Sądu Pierwszej Instancji istnieją podstawowe wątpliwości w kwestii, czy inwestycje publiczne dokonywane w przedsiębiorstwach przynoszących zyski można oceniać w ten sam sposób, co w przypadku inwestorów prywatnych. Niemcy są także przekonane, że przeniesienie funduszy celowych przez kraj związkowy Dolna Saksonia do banku NordLB nie stanowi pomocy państwa według zasad zastosowanych przez Komisję w decyzji 2000/392/WE.
- (72) W przypadku banku NordLB również NSGV, jedyny udziałowiec poza krajem związkowym, zobowiązał się w momencie przekazania funduszy celowych do wniesienia wkładu w odpowiedniej wysokości stosownie do swojego udziału oraz na porównywalnych warunkach jak kraj związkowy, do czego rzeczywiście doszło. Przynajmniej w tej kwestii kraj związkowy zachował się w momencie przeniesienia funduszy celowych do banku NordLB jak inwestor prywatny.
- (73) NordLB uścił też odpowiednie wynagrodzenie. Należy uwzględnić, że zapłacone wynagrodzenie w wysokości 0,5 % po opodatkowaniu (1,2 % przed opodatkowaniem) przy uwzględnieniu refinansowania zaoszczędzonego przez kraj związkowy jako inwestora w wysokości ok. 8,3 % odpowiada indykatywnemu oprocentowaniu w wysokości (1,2 % + 8,3 %) ok. 9,5 % przed opodatkowaniem. Poza wynagrodzeniem w wysokości 0,5 % po opodatkowaniu kraj związkowy Dolna Saksonia pobierał z majątku wspierającego na bieżąco wpływy zwrotne, które wyniosły łącznie 242,29 mln EUR (473,88 mln DEM).

- (74) Sposób obliczenia minimalnego wynagrodzenia BdB oraz Komisji zastosowany w decyzji 2000/392/WE zawiera błędy. Metoda CAPM jest niewłaściwa dla określenia rynkowego zysku z kapitału z kilku powodów. Po pierwsze majątkiem przekazanym bankowi NordLB nie można było dysponować bez ograniczeń. W ten sposób praktycznie nie istniały alternatywy inwestycyjne w ramach CAPM. Ponadto ryzyko zakładane w ramach CAPM dotyczące wahań rynkowych nie zaistniało, gdyż banki krajów związkowych nie są notowane na giełdzie, wynagrodzenie depozytu miało stałą stopę, a banki krajów związkowych korzystały wówczas jeszcze z poręczeń państwowych Anstaltslast i Gewährträgerhaftung. W ten sposób brak jest historycznych danych dla współczynników beta.
- (75) Biorąc pod uwagę szczególną sytuację przeniesienia majątku funduszu celowego, należy uwzględnić, że odpowiedzialność majątku funduszu celowego w stosunku wewnętrznym odpowiednio do udziału kraju związkowego Dolna Saksonia w kapitale zakładowym NordLB jest ograniczona oraz że kraj związkowy posiada roszczenie wyrównawcze w stosunku do innych poręczycieli banku NordLB. Inwestor uwzględnił w trakcie decyzji inwestycyjnej, że majątek funduszu celowego w stosunku zewnętrznym uczestniczy wprawdzie w stratach bez ograniczeń, lecz odpowiedzialność w stosunku wewnętrznym jest ograniczona do udziału posiadanego przez kraj związkowy Dolna Saksonia w kapitale zakładowym banku NordLB. Kraj związkowy Dolna Saksonia posiada zatem roszczenie wyrównawcze w stosunku do innych poręczycieli NordLB – wszyscy są korporacjami prawa publicznego – w przypadku których nie istnieje ryzyko upadłości.
- (76) W przypadku marży za szczególnie dużą wartość transakcji nie jest jasne, jak należy zdefiniować tę wartość oraz dlaczego usprawiedliwia ona marżę. Stosunek wniesionego majątku do całości uznanego przez nadzór bankowy kapitału własnego koncernu NordLB wynosił w roku 1992 tylko 34,89 %. Powyższy udział do roku 2001 spadł do zaledwie 9,62 %. Obliczenia przeprowadzono na podstawie kapitału własnego NordLB w wysokości 4,298 mld DEM w roku 1992 oraz 15,596 mld DEM w roku 2001. Dane dotyczące kapitału własnego uwzględniają już majątek LTS.
- (77) Marży nie uzasadnia także brak emisji nowych udziałów na rzecz kraju związkowego Dolna Saksonia. W momencie przekazania majątku funduszy celowych NSGV zobowiązał się do wniesienia kapitału odpowiadającego jego udziałowi w NordLB, do czego później doszło. Nie było więc powodu do podwyższenia udziałów kraju związkowego.
- (78) Wreszcie, marży nie uzasadnia brak zamienności majątku funduszu celowego. W celu obliczenia minimalnego zysku BdB oraz Komisja porównują wniesienie majątku funduszy celowych do inwestycji w kapitał zakładowy. Inwestycje w kapitał zakładowy wykazują tak samo nikłą zamienność jak majątek funduszy celowych LTS.
- (79) Jeśli jednak bank NordLB znalazł się w uprzywilejowanej sytuacji dzięki wniesieniu majątku funduszy celowych, stało się to wyłącznie w celu rekompensaty kosztów powstających dla NordLB w wyniku wykonywania zadań w ogólnym interesie gospodarczym. NordLB spełnia nie tylko funkcję banku kraju związkowego, lecz w regionie Braunschweigu także kasy oszczędnościowej. W ten sposób wypełnia nie tylko klasyczne, publiczne zadania banku kraju związkowego i ponosi związane z tym koszty, lecz także zadania kasy oszczędnościowej.
- (80) Jeśli jednakże zaistniała sytuacja pomocy państwa, to mamy do czynienia z istniejącą pomocą, gdyż przeniesienie majątku funduszy celowych nastąpiło na podstawie poręczenia państwowego Anstaltslast, ostatecznie uregulowanego na podstawie kompromisu brukselskiego z dnia 17 lipca 2001 r.
5. POROZUMIENIE ZAWARTE MIĘDZY BDB, KRAJEM ZWIĄZKOWYM DOLNA SAKSONIA ORAZ BANKIEM NORDLB
- (81) W dniu 7 października 2004 r. Komisja otrzymała wyniki porozumienia zawartego między głównym skarżącym BdB, krajem związkowym Dolna Saksonia oraz bankiem NordLB. Niezależnie od ich zasadniczych opinii prawnych, które pozostały niezmienione, strony porozumienia uzgodniły, jakie parametry uważają za właściwe dla obliczenia odpowiedniego wynagrodzenia, a co za właściwe wynagrodzenie. Strony porozumienia zwróciły się do Komisji o uwzględnienie wyników wyżej wspomnianego porozumienia przy podejmowaniu decyzji.
- (82) Strony określiły najpierw przy pomocy modelu wyceny aktywów kapitałowych (capital asset pricing model – „CAPM”) wynagrodzenie minimalne za hipotetyczną inwestycję w kapitał zakładowy NordLB, które wyniosło dla majątku funduszu celowego LTS ok. 10,03 %. Za podstawę przyjęto nieobciążone ryzykiem stopy procentowe indeksu REX10 Performance Index niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG) oraz współczynniki beta wyliczone na podstawie zleconej przez banki krajów związkowych ekspertyzy KPMG z dnia 26 maja 2004 r. Dla NordLB obliczono podstawową nieobciążoną ryzykiem stopę procentową w wysokości 7,15 % w momencie wniesienia na dzień 31 grudnia 1991 r. Na podstawie ekspertyzy KPMG współczynnik beta wyniósł 0,72. Rynkowa premia za ryzyko została ustalona (jednolicie dla wszystkich banków krajów związkowych) w wysokości 4 %.
- (83) Następnie obliczono potrącenie za brak płynności kapitału. Ponownie założono nieobciążoną ryzykiem stopę procentową w wysokości 7,15 % jako koszty refinansowania brutto. W celu obliczenia kosztów refinansowania netto, zryczałtowano obciążenie podatkowe NordLB w momencie wniesienia do wysokości 50 %, co daje potrącenie za brak płynności w wysokości 3,57 %.
- (84) Dochodzi jeszcze marża w wysokości 0,3 % z powodu braku emisji praw do głosu.
- (85) Odpowiednie wynagrodzenie za majątek funduszy celowych LTS wynosi łącznie 6,76 % rocznie po opodatkowaniu za tę część majątku LTS, którą NordLB wykorzystuje na

działalność komercyjną. Powyższe wynagrodzenie jest płatne od końca miesiąca, w którym uznano kapitał podstawowy (30 listopada 1993 r.).

- (86) Porozumienie nie obejmuje wynagrodzenia tę za część majątku funduszu celowego LTS, która nie jest wykorzystywana na działalność komercyjną NordLB (pro wizja za awal).

IV. OCENA ŚRODKA

- (87) Dla dokonania oceny środka na podstawie postanowień Traktatu WE dotyczących pomocy państwa należy najpierw zbadać, czy zastosowany środek stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE.

1. ZASOBY PAŃSTWOWE ORAZ PREFERENCYJNE TRAKTOWANIE OKREŚLONYCH PRZEDSIĘBIORSTW

- (88) Jak przedstawiono powyżej, udziały kraju związkowego Dolna Saksonia w majątku trzech LTS wniesiono do NordLB w postaci kapitału własnego. Jeśli taki majątek państwowy o wartości komercyjnej przekazywany jest jakiemuś przedsiębiorstwu, stanowi to zasoby państwowe w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE..

- (89) Badając, czy przeniesienie zasobów państwowych do danego przedsiębiorstwa publicznego stanowi preferencyjne traktowanie oraz czy stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE, Komisja stosuje zasadę „inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej”. Trybunał zaakceptował tę zasadę w szeregu orzeczeń i rozwinął ją. Ocena zgodnie z powyższą zasadą została przedstawiona w punkcie 93 i nast.

2. ZAKŁÓCENIE KONKURENCJI ORAZ WPŁYW NA WYMIANĘ HANDLOWĄ MIĘDZY PAŃSTWAMI CZŁONKOWSKIMI

- (90) Dzięki liberalizacji usług finansowych oraz integracji rynków finansowych sektor bankowy na terenie Wspólnoty narażony jest coraz bardziej na zakłócenia konkurencji, zwłaszcza że istniejące jeszcze ograniczenia dla wolnej konkurencji na rynkach usług finansowych są sukcesywnie znoszone.

- (91) NordLB jest bankiem uniwersalnym i zajmuje ważną pozycję na międzynarodowych rynkach kapitałowych. NordLB świadczy usługi bankowe w konkurencji z innymi bankami europejskimi w Niemczech i za granicą. Pomoc państwa na rzecz NordLB zakłóca zatem konkurencję oraz wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.

- (92) Należy również zwrócić uwagę na ścisłe powiązanie między kapitałem własnym instytucji kredytowej oraz jej działalnością bankową. Tylko przy pomocy wystarczających zasobów uznanego kapitału własnego bank może prowadzić oraz rozszerzać działalność komercyjną. Działania podejmowane przez państwo, mające na celu wyposażenie

NordLB w kapitał własny na cele wypłacalności, wpłynęły bezpośrednio na możliwość prowadzenia działalności przez bank.

3. ZASADA INWESTORA DZIAŁAJĄCEGO ZGODNIE Z REGUŁAMI GOSPODARKI RYNKOWEJ

- (93) Badając, czy udostępnienie zasobów państwowych przedsiębiorstwu publicznemu oznacza preferencyjne traktowanie oraz czy stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE, Komisja stosuje zasadę „inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej”. Komisja stosowała powyższą zasadę w wielu przypadkach, a Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich zaakceptował i rozwinął ją w wielu orzeczeniach⁽¹⁾. Dzięki powyższej zasadzie Komisja może uwzględniać szczególne okoliczności poszczególnych przypadków, na przykład uwzględnić określone strategie spółek holdingowych lub grupy przedsiębiorstw, czy też krótko- i długoterminowe korzyści dla inwestora. Zasada inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej zostanie zastosowana również w niniejszym przypadku.

- (94) Zgodnie z powyższą zasadą pomocy państwa nie stanowi udostępnienie zasobów kapitałowych na warunkach, „na których inwestor prywatny, działający zgodnie z normalnymi zasadami gospodarki rynkowej, byłby skłonny udostępnić te środki przedsiębiorstwu prywatnemu”⁽²⁾. W szczególności, inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej nie udostępni środków, jeśli przewidziane wynagrodzenie jest niższe od wynagrodzenia rynkowego za porównywalne inwestycje.

- (95) Z punktu widzenia „zasady inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej” główne pytanie brzmi, czy inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej udostępniłby bankowi NordLB kapitał charakteryzujący się szczególnymi cechami funduszy celowych LTS na takich samych zasadach, szczególnie biorąc pod uwagę prawdopodobny zysk z inwestycji. Ta kwestia zostanie zbadana poniżej.

a) ARTYKUŁ 295 TRAKTAT WE

- (96) Zgodnie z art. 295 Traktatu WE zasady prawa własności obowiązujące w poszczególnych Państwach Członkowskich pozostają bez zmian. Nie usprawiedliwia to jednak naruszania zasad konkurencji określonych w Traktacie.

- (97) Niemcy podkreślają, że z powodu przeznaczenia celowego majątku LTS powyższe środki nie mogły znaleźć innego, bardziej zyskowego przeznaczenia, niż wniesienie do podobnej instytucji publicznej. Z tego powodu przeniesienie stanowi najlepsze wykorzystanie wspomnianego majątku z komercyjnego punktu widzenia. Każde wyna-

⁽¹⁾ Patrz na przykład wyroki w sprawach C-303/88, Włochy/Komisja, Zb. Orz. 1991, I-1433 oraz C-305/89, Włochy/Komisja, Zb. Orz. 1991, I-1603.

⁽²⁾ Komunikat Komisji do Państw Członkowskich: Stosowanie art. 92 oraz 93 Traktatu WE oraz art. 5 dyrektywy Komisji 80/723/EWG w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między Państwami Członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, Dz.U. C 307 z 13.11.1993, str. 3, pkt. 11. W niniejszym komunikacie chodzi wprawdzie wyraźnie o przemysł przetwórczy, jednakże zasada ma niewątpliwie zastosowanie także we wszystkich pozostałych branżach gospodarczych. Jeśli chodzi o usługi finansowe, Komisja podkreśliła powyższe w kilku decyzjach, m. in. w sprawie Crédit Lyonnais (Dz.U. L 221 z 8.8.1998, str. 28) oraz GAN (Dz.U. L 78 z 16.3.1998, str. 1).

grodzenie za wniesienie, tzn. każdy dodatkowy zysk z kapitału LTS, jest wystarczający, aby usprawiedliwić przeniesienie z punktu widzenia „zasady inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej”.

(98) Powyższej argumentacji nie można zaakceptować. Możliwe, iż wniesienie trzech LTS do banku NordLB i wynikająca z tego możliwość wykorzystania części kapitału LTS przez bank NordLB na zabezpieczenie działalności komercyjnej, stanowi najlepsze wyjście z ekonomicznego punktu widzenia. Jednakże ograniczenie się do punktu widzenia inwestora publicznego nie uwzględnia kwestii fundamentalnej, mianowicie uprzywilejowania beneficjenta. Istnienie uprzywilejowania można stwierdzić tylko poprzez sprawdzenie, czy cena, którą zapłacił beneficjent działania, jest zgodna z ceną rynkową. Jeżeli pieniądze publiczne oraz inne aktywa zostaną przeznaczone na działalność komercyjną i działania podejmowane na zasadach konkurencyjnych, należy stosować reguły rynkowe.

b) BRAK ZMIANY STRUKTURY WŁASNOŚCIOWEJ

(99) Sposobem zagwarantowania odpowiedniego zysku z udostępnionego kapitału byłoby odpowiednie zwiększenie udziału kraju związkowego w banku NordLB, pod warunkiem że całkowita rentowność banku odpowiada normalnemu zyskowi z inwestycji, którego oczekuje inwestor działający na zasadach gospodarki rynkowej. Kraj związkowy Dolna Saksonia nie zdecydował się jednak na taką procedurę.

(100) Brak podwyższenia udziałów w banku NordLB Niemcy uzasadniają tym, że NSGV w momencie przeniesienia majątku funduszy celowych był zobowiązany do wniesienia kapitału odpowiednio do swojego udziału w NordLB, co nastąpiło poprzez utworzenie rezerwy specjalnej LBS w wysokości 450 mln DEM oraz wniesienie cichego udziału w wysokości 550 mln DEM. Niemcy reprezentują stanowisko wyrażone przez Trybunał w sprawie Alitalia⁽¹⁾, iż dokapitalizowanie ze środków publicznych nie narusza zasady inwestora działającego zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej, jeśli także pozostały udziałowiec dokonuje inwestycji oraz że w takiej sytuacji nie można mówić o pomocy państwa.

(101) W świetle orzeczenia Trybunału dotyczącego sprawy Alitalia należy zwrócić uwagę, że decyzja dotyczyła inwestycji przedsiębiorstw prywatnych. NSGV nie jest przedsiębiorstwem prywatnym, lecz organizacją publicznoprawną. Z powyższego powodu nie można porównać wniesienia kapitału przez NSGV ani pod względem czasu, ani zawartości z przeniesieniem majątku funduszu celowego LTS.

(102) Majątek LTS został przeniesiony do banku NordLB z dniem 31 grudnia 1991 r., jednak LBS wyodrębniono z banku NordLB dopiero z dniem 1 lipca 1994 r. oraz utworzono rezerwę specjalną LBS w wysokości 450 mln DEM. Cichy udział w wysokości 550 mln DEM wniesiono dopiero

z dniem 10 października 1994 r. Komisja uważa, że już tak duży odstęp w czasie między transakcjami świadczy o tym, że warunki są nieporównywalne.

(103) Do tego dochodzi fakt, że ciche udziały są inną formą inwestycji. Wówczas ciche udziały uznawano za kapitał niższej kategorii pierwszej (lower tier I), a więc kapitał uzupełniający, który nie może być udostępniony w taki sam sposób jak kapitał zakładowy do sprostania wymogom wypłacalności. Ponadto cisi udziałowcy nie uczestniczą, w przeciwieństwie do inwestorów w kapitał zakładowy, we wzroście wartości przedsiębiorstwa, lecz otrzymują wynagrodzenie bezpośrednie, które zwykle jest niższe niż wynagrodzenie inwestujących w kapitał zakładowy.

(104) Nawet wychodząc z założenia, że – płynne – ciche udziały w wysokości 550 mln DEM powinny skutkować wyższym wynagrodzeniem niż – niepłynny – majątek funduszy celowych LTS, nie można porównać przeniesienia majątku przez kraj związkowy z transferem NSGV z powodu różnicy w wynagrodzeniu. Wynagrodzenie za rezerwę specjalną LBS wynosi rocznie 7,5 % (przed opodatkowaniem), a ciche udziały zgodnie z informacją rządu federalnego są oprocentowane na poziomie ok. 9,11 % (przed opodatkowaniem). Majątek funduszu celowego LTS jest oprocentowany na poziomie 0,5 % po opodatkowaniu (ok. 1,2 % przed opodatkowaniem). W ten sposób wynagrodzenie za majątek funduszu celowego LTS jest zdecydowanie niższe niż za działania NSGV.

(105) W ten sposób transakcje kraju związkowego oraz NSGV różnią się zdecydowanie i otwartą pozostaje kwestia, czy w momencie wniesienia majątku funduszu celowego LTS do banku NordLB rzeczywiście istniało wiążące zobowiązanie NSGV do wniesienia kapitału do NordLB odpowiednio do jego udziału, czy też ustalono je wiążąco dopiero później.

(106) Nie jest to zatem proporcjonalne i porównywalne wniesienie kapitału przez prywatnego inwestora, a więc założenia przypadku Alitalia nie zostały w niniejszej sytuacji spełnione. Inwestycji dokonał inny publiczny udziałowiec, NSGV, a warunki wniesienia kapitału są nieporównywalne, ponieważ do obu transakcji nie doszło w tym samym czasie, a warunki wniesienia kapitału były różne.

c) EFEKT WŁAŚCICIELA

(107) Zdaniem Niemiec inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej przy ustalaniu wynagrodzenia wzięłyby pod uwagę przyrost wartości własnego udziału w NordLB. W momencie wniesienia majątku LTS kraj związkowy Dolna Saksonia posiadał w banku NordLB udział w wysokości 60 %. Wartość powyższych 60 % wzrosła wskutek wniesienia majątku. Ponadto kraj związkowy zapewnił, że także NSGV wniesie kapitał odpowiednio do własnego udziału, tak że NSGV nie uczestniczy we wzroście wartości, który spowodowany został wyłącznie przez kraj związkowy.

⁽¹⁾ Wyrok ETS z 12.12. 2000 r., T-296/97.

- (108) Z powodów przedstawionych w pkt. 102 i nast. nie ma znaczenia, że kraj związkowy posiadał udziały w NordLB, a wniesienie kapitału przez NSGV nie stanowi porównywalnej inwestycji. W ten sposób NSGV uczestniczy we wzroście wartości, nie ponosząc związanych z tym kosztów. Żaden inwestor działający zgodnie z regulami gospodarki rynkowej nie zaakceptowałby, że jako współwłaściciel ponosi cały ciężar inwestycji i otrzymuje tylko część związanych z nią korzyści. Taką argumentację przedstawił też Sąd Pierwszej Instancji w wyroku dotyczącym sprawy WestLB ⁽¹⁾.
- d) BAZA KAPITAŁOWA DO OBLICZENIA WYNAGRODZENIA
- (109) Zdaniem Niemiec wyłącznie część uznanego kapitału podstawowego, która może zostać użyta przez bank NordLB do zabezpieczenia działalności komercyjnej, stanowi dla banku wartość ekonomiczną i w związku z tym kraj związkowy może za nią żądać wynagrodzenia. BdB jest zdania, że cała kwota w wysokości 1,7544 mld DEM jest obciążona ryzykiem i w stosunku do całej tej kwoty należy zapłacić wynagrodzenie.
- (110) Zgodnie z podejściem zastosowanym w decyzji 2000/392/WE, potwierdzonym również przez Sąd Pierwszej Instancji, zasadniczo za cały przeniesiony majątek należy zapłacić wynagrodzenie, które może być różne dla różnych części wniesionego majątku.
- (111) Aby ustalić odpowiednie wynagrodzenie, należy rozróżnić poszczególne części majątku LTS zgodnie z możliwością ich wykorzystania przez bank NordLB.
- (112) Wartość majątku wynosiła pod koniec 1991 roku 1,7544 mld DEM. Wartość majątku podlega corocznej wycenie. Jednak tylko 1,5 mld DEM ujęto w bilansie NordLB jako kapitał własny. Różnica w stosunku do wartości majątku funduszu celowego LTS została zaksięgowana jako rezerwa na zobowiązania wynikające z umowy o wniesieniu kapitału. Rezerwy tworzy się na otwarte zobowiązania, nie stanowią one kapitału własnego. Nie mają one zatem zasadniczo wpływu na poprawę zdolności kredytowej przedsiębiorstwa. Kraj związkowy Dolna Saksonia jest upoważniony do pobrania odsetek i spłat rat kapitałowych, wpływających do majątku funduszu celowego, pod warunkiem że wartość rynkowa majątku funduszu celowego przekracza 1,5 mld DEM. Ponieważ kapitał przewyższający 1,5 mld DEM nie może być wykorzystany przez NordLB na rozszerzenie działalności lub spełniać funkcji gwarancyjnej, Komisja wychodzi z założenia, że inwestor nie mógłby zażądać wynagrodzenia za tę część majątku funduszu celowego.
- (113) Wartość 1,5 mld DEM wykazywana jest w bilansie NordLB jako kapitał własny od momentu wniesienia. Majątek funduszu celowego LTS nie mógł być w pełni wykorzystywany jako kapitał własny przed uznaniem go przez BAKred. Aż do momentu tymczasowego uznania za kapitał własny w dniu 26 lipca 1993 r. BAKred tolerował wykorzystanie majątku funduszu celowego wyłącznie w celu spełnienia obowiązujących przepisów dotyczących wypłacalności. Dopiero od tymczasowego uznania w dniu 26 lipca 1993 r. kwota 1,5 mld DEM mogła być wykorzystywana w pełni. Z kwoty 1,5 mld DEM jedynie ok. 1,4 mld DEM – wartość zmienia się rokrocznie – bank NordLB przeznacza na rozszerzenie działalności komercyjnej, ponieważ reszta potrzebna jest na działalność wspierającą. W roku 1992 oraz do sierpnia 1993 r. za podstawę wynagrodzenia dla kraju związkowego należy przyjąć rzeczywiście wykorzystany kapitał, a od sierpnia 1993 roku każdorazowo wykorzystany kapitał, tzn. ok. 1,4 mld DEM rocznie.
- (114) Pozostałego kapitału podstawowego (od sierpnia 1993 r. w wysokości ok. 100 mln DEM rocznie, wcześniej w wyższej kwocie) nie można wprawdzie przeznaczyć na rozszerzenie działalności konkurencyjnej, niemniej jednak jest on korzystny dla NordLB, ponieważ wysokość wykazanego w bilansie kapitału własnego przekazuje informację inwestorom banku o jego solidności i w ten sposób wpływa na warunki, na których bank pozyskuje kapitał obcy. Wierzyciele oraz agencje ratingowe uwzględniają całościową sytuację gospodarczą i finansową banku. Ponieważ kwota w wysokości ok. 100 mln DEM rocznie nie może zostać przeznaczona na rozszerzenie działalności komercyjnej, ale wpływa na polepszenie wizerunku banku w oczach wierzycieli, jej funkcję ekonomiczną można w związku z tym porównać przynajmniej z gwarancją.
- (115) W ten sposób także kwota w wysokości 100 mln DEM rocznie przynosi NordLB korzyści ekonomiczne, dlatego inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej zażądałby za nią wynagrodzenia. Wysokość takiego wynagrodzenia byłaby zapewne niższa niż za część w wysokości 1,4 mld DEM, która przynosi NordLB większe korzyści, ponieważ zgodnie z zasadami adekwatności kapitałowej może ona także służyć jako kapitał podstawowy na rozszerzenie działalności komercyjnej.
- (116) Podsumowując, należy zwrócić uwagę, że tekst porozumienia między krajem związkowym Dolna Saksonia, bankiem NordLB oraz BdB przewiduje, że wynagrodzenie za wniesiony majątek należy zapłacić dopiero od końca miesiąca, w którym został on ostatecznie uznany za kapitał podstawowy przez BAKred, tzn. dopiero od 30 listopada 1993 r. Komisja nie zgadza się w tej kwestii z porozumieniem. NordLB mógł dysponować przeniesionym majątkiem LTS od jego wniesienia w dniu 31 grudnia 1991 r. przynajmniej w takim zakresie, w jakim tolerował to BAKred, a bank NordLB rzeczywiście wykorzystał majątek w znacznym zakresie jeszcze przed ostatecznym uznaniem przez BAKred.

⁽¹⁾ Dz.U. L 150 z 23.6.2000, str. 1, pkt 316.

e) ODPOWIEDNIE WYNAGRODZENIE ZA KAPITAŁ

- (117) Inwestycje finansowe o zróżnicowanej jakości ekonomicznej wymagają zróżnicowanego zysku z kapitału. W trakcie badania, czy inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej zaakceptowałby inwestycję, należy uwzględnić szczególny charakter ekonomiczny danego działania kapitałowego oraz wartość kapitału udostępnionego bankowi NordLB.
- (i) **Porównanie z innymi instrumentami kapitału własnego**
- (118) Niemcy są zdania, że wynagrodzenie za kapitał zakładowy nie jest właściwym wskaźnikiem porównawczym do obliczenia odpowiedniego wynagrodzenia za majątek funduszu celowego LTS. Wprawdzie z punktu widzenia przepisów nadzoru bankowego kapitał zakładowy zalicza się do kapitału podstawowego, jednak nie wszystkie aktywa definiowane jako kapitał podstawowy stanowią jednocześnie kapitał zakładowy banku. Przede wszystkim kapitał zakładowy, którym bank może w pełni dysponować i go inwestować, ma zupełnie inną jakość niż wniesiony majątek funduszu celowego LTS, który zgodnie ze swoim przeznaczeniem celowym nadal służy celom wspierającym krajowy związkowy, a bankowi NordLB nie przynosi zysków.
- (119) W momencie wniesienia majątku funduszy celowych LTS, aktywa te można było porównać do kapitału z papierów wartościowych uprawniających do udziału w zyskach (Genussscheine). NordLB oraz kraj związkowy porównywały wynagrodzenie za majątek funduszu celowego z wynagrodzeniem za papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach. Papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach stanowią kapitał uzupełniający, który nie może przekraczać wartości kapitału podstawowego. Jednak NordLB wykazywał na dzień 31 grudnia 1991 r. kapitał podstawowy w wysokości 2,043 mld DEM oraz kapitał uzupełniający w wysokości 543 mln DEM. Zamiast więc przyjmować majątek funduszu celowego uznany za kapitał podstawowy, można było wydać papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach o wartości 1,5 mld DEM, aby pokryć zapotrzebowanie na kapitał własny.
- (120) Kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia oraz bank WestLB kwestionują także w swoich uwagach, że różne wniesienie aktywów do banków krajów związkowych, szczególnie w przypadku NordLB, można porównać z kapitałem zakładowym. Wniesione aktywa można raczej porównać z cichymi udziałami lub obligacjami bezterminowymi (perpetuals). Ciche udziały oraz obligacje bezterminowe już w roku 1991 uznane zostały w Niemczech za kapitał podstawowy. Ponadto wynagrodzenie nie zależy od przepisów o nadzorze bankowym, ale od profilu ryzyka danej inwestycji. Ponieważ majątek LTS służył do pokrycia strat w drugiej kolejności, strukturę ryzyka można porównać raczej z cichymi udziałami lub z obligacjami bezterminowymi niż z kapitałem zakładowym.
- (121) Komisja, tak jak BdB, uważa, że przeniesienie majątku funduszu celowego LTS uznanego przez BAKred za kapitał podstawowy można najlepiej porównać z inwestycją w kapitał zakładowy.
- (122) W powyższym kontekście należy najpierw zwrócić uwagę, że względnie szeroki wachlarz innowacyjnych instrumentów kapitału własnego, z którego korzystały instytucje kredytowe w wielu krajach, nie istniał jeszcze w Niemczech w momencie przeniesienia LTS do NordLB w 1991 r., a NordLB w roku 1993 musiał sprostać wchodzącym w życie wyższym wymogom kapitałowym. Niektóre ze wspomnianych instrumentów były w międzyczasie dopiero wdrażane, inne już istniały, nie zostały jednak jeszcze uznane w Niemczech. Instrumentami wówczas dostępnymi i stosowanymi w praktyce były papiery uprawniające do udziału w zyskach (Genussscheine) oraz zobowiązania podporządkowane (oba stanowią kapitał uzupełniający, drugi z wymienionych instrumentów został uznany dopiero w 1993 r.).
- (123) Z powyższego powodu porównanie kapitału LTS z instrumentami innowacyjnymi tego typu nie jest przekonywujące, gdyż większość z nich została wprowadzona dopiero później, a część z nich jest dostępna tylko w innych krajach. Nawet same Niemcy odrzucają (pośrednio) takie porównanie, ponieważ domagają się, aby Komisja oceniła przypadek na podstawie stanu faktycznego, który istniał w momencie podejmowania decyzji pod koniec roku 1991.
- (124) W przypadku tzw. „perpetual preferred shares” oraz papierów wartościowych uprawniających do udziału w zyskach należy zwrócić uwagę na kilka kwestii. „Perpetual preferred shares” klasyfikowane są w innych krajach jako kapitał podstawowy, w Niemczech jednak nadal nie są uznawane. Papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach zaliczane są do kapitału uzupełniającego, natomiast kapitał LTS posiada jakość kapitału podstawowego. Z tego powodu kapitał LTS stanowi dużo większą korzyść dla NordLB, ponieważ w ten sposób bank może pozyskać kapitał uzupełniający (np. papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach) do tego samego poziomu i rozszerzyć bazę kapitałową. Jeśli po latach przynoszących straty nastąpiłyby znów lata przynoszące zyski, wówczas najpierw uzupełniono by do wartości nominalnej certyfikaty, a dopiero później kapitał LTS. Ponadto kapitał LTS udostępniono NordLB bez ograniczeń czasowych, podczas gdy papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach zwykle emitowane są na dziesięć lat. Znaczna wartość wniesionego kapitału jest nietypowa dla papierów wartościowych uprawniających do udziału w zyskach, i w tym kontekście należy rozpatrzyć klasyfikację w przypadku strat. Udział majątku LTS jest stosunkowo duży, więc przy większych stratach może on być względnie szybko wykorzystany.
- (125) Komisja uważa, że również porównanie z cichymi udziałami nie jest właściwe dla ustalenia odpowiedniego wynagrodzenia za rezerwę celową uznaną za kapitał podstawowy. Ważnym aspektem jest dla Komisji wniesienie majątku LTS w formie rezerwy celowej, a nie cichych udziałów. Także BAKred uznał wniesienie za rezerwę, a nie za ciche udziały zgodnie z § 10 KWG (Prawo bankowe). Uznanie majątku za rezerwę przez niemiecki nadzór bankowy przemawia za tym, że udostępniony kapitał można porównać raczej z kapitałem zakładowym niż z cichymi udziałami.

(126) Ryzyko co najmniej częściowej utraty wniesionego kapitału w przypadku upadłości lub likwidacji nie jest mniejsze niż ryzyko inwestycji w kapitał zakładowy, ponieważ majątek LTS stanowi znaczną część kapitału własnego banku NordLB, a bank NordLB wykorzystał znaczną część udostępnionego kapitału LTS na pokrycie ryzykownych aktywów na wiele lat.

(127) Uwzględniając powyższe powody, Komisja uważa, że porównanie z obligacjami bezterminowymi, papierami wartościowymi uprawniającymi do udziału w zyskach i cichymi udziałami nie jest właściwe ze względu na szczególny charakter majątku LTS i nie może stanowić podstawy obliczenia właściwego wynagrodzenia za kapitał LTS. Wniesiony majątek LTS wykazuje raczej dużo wspólnych cech z inwestycją w kapitał zakładowy.

(ii) **Roszczenie wyrównawcze oraz małe ryzyko gwarancyjne**

(128) Funkcja gwarancyjna majątku funduszu celowego ma ograniczony zakres w stosunku wewnętrznym, odpowiednio do udziału kraju związkowego Dolna Saksonia w kapitale zakładowym NordLB, a kraj związkowy ma prawo do roszczenia wyrównawczego w stosunku do wszystkich innych poręczycieli (Gewährträger) banku NordLB. Niemcy są zdania, że inwestor uwzględniłby odpowiednio powyższą sytuację przy podejmowaniu decyzji inwestycyjnej oraz przy ustalaniużądanego wynagrodzenia.

(129) Ograniczenie gwarancji w stosunku wewnętrznym nie może być przyczyną zmniejszenia wynagrodzenia, ponieważ z perspektywy NordLB korzyść odniesiona wskutek transferu kapitału musi zostać właściwie wynagrodzona, aby nie dopuścić do zakłócenia konkurencji. Roszczenie wyrównawcze kraju związkowego w stosunku do pozostałych poręczycieli wynika z porozumienia zawartego między poręczycielami, a nie z ustępstwa NordLB, które mogłoby usprawiedliwić niższe wynagrodzenie. Jeśli na przykład pozostali poręczyciele wyraziliby zgodę na przejście wewnątrznie pełnej gwarancji za majątek funduszu celowego, nie mogłoby to prowadzić do sytuacji, w której bank NordLB nie musiałby w ogóle płacić wynagrodzenia.

(130) Z punktu widzenia Komisji nie ma znaczenia, czy majątek funduszu celowego LTS po uznaniu przez BAKred jest ciągle i w pełnej wysokości wykorzystywany w celu wypełnienia wymagań dotyczących wypłacalności. Nawet gdyby tak nie było, inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej obstawałby przy pełnym wynagrodzeniu, ponieważ bank mógł użyć całego kapitału według własnego uznania w ramach działalności komercyjnej.

(iii) **Odpowiednie wynagrodzenie za kwotę w wysokości ok. 1,4 mld DEM**

(131) Odpowiednie wynagrodzenie za kwotę ok. 1,4 mld DEM, którą NordLB może corocznie wykorzystać na działalność komercyjną, można obliczyć na różne sposoby. Jednakże, zgodnie z poniższymi rozważaniami, wszystkie sposoby

obliczania wynagrodzenia za udostępniony kapitał zakładowy opierają się na tych samych podstawowych zasadach. Opierając się na tych zasadach, Komisja dokonuje obliczenia w następujący sposób, w dwóch etapach. Najpierw oblicza wynagrodzenie minimalne, którego inwestor oczekiwałby za (hipotetyczną) inwestycję w kapitał zakładowy NordLB. Następnie sprawdza, czy na rynku ustalono by narzuty lub potrącenia z powodu szczególnych cech kwestionowanej transakcji, i czy Komisja może w danej sytuacji przeprowadzić odpowiednią kwantyfikację, w metodologicznie poprawny sposób.

Obliczenie oczekiwanego minimalnego wynagrodzenia za inwestycję w kapitał zakładowy NordLB

(132) Oczekiwany zysk z inwestycji oraz ryzyko inwestycji stanowią podstawowe czynniki wpływające na podjęcie decyzji inwestycyjnej przez inwestora działającego zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej. Aby określić wysokość obu czynników, inwestor uwzględnia wszystkie dostępne informacje o firmie i rynku. Opiera się on na historycznych danych dotyczących średniego zysku z kapitału, które stanowią także ogólnie punkt wyjściowy dla przyszłej wydajności przedsiębiorstwa, a także między innymi na analizie aktualnego modelu działania przedsiębiorstwa, strategii i jakości zarządzania oraz odnośnych prognozach dotyczących danej branży.

(133) Inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej zainwestuje tylko wtedy, jeśli inwestycja ta będzie dawała wyższy zysk z kapitału lub niższe ryzyko w porównaniu z najkorzystniejszą możliwą alternatywą wykorzystania kapitału. Inwestor nie zdecyduje się na inwestycję w przedsiębiorstwo, jeśli oczekiwany zysk z kapitału jest niższy niż średni oczekiwany zysk z kapitału innych przedsiębiorstw o porównywalnym profilu ryzyka. W tej sytuacji można założyć, że istnieją wystarczające alternatywy wobec danego zamierzenia inwestycyjnego, które obiecują wyższe zyski przy takim samym poziomie ryzyka.

(134) Aby obliczyć odpowiednie najniższe wynagrodzenie, można użyć różnych metod, poczynawszy od najroźniejszych wariantów metody finansowej do metody CAPM. Przy przedstawieniu różnych rozwiązań należy rozróżnić dwa składniki, zysk z nieobciążonych ryzykiem inwestycji oraz premię za ryzyko w przypadku danego projektu:

$$\begin{aligned} & \text{odpowiedni minimalny zysk z inwestycji obciążonej} \\ & \text{ryzykiem} \\ & = \end{aligned}$$

$$\text{podstawowa stopa procentowa nieobciążona ryzykiem} + \text{premia za ryzyko inwestycji obciążonej ryzykiem.}$$

Odpowiedni minimalny zysk z inwestycji obciążonej ryzykiem można zatem opisać jako sumę stopy zysku z inwestycji nieobciążonej ryzykiem i dodatkowej premii za ryzyko związanej z przejściem ryzyka specyficznego dla danej inwestycji.

(135) Podstawą obliczenia zysku z kapitału jest zawsze istnienie formy bezpiecznej inwestycji, dla której można założyć nieobciążony ryzykiem zysk z kapitału. Zwykle do obliczenia podstawowej stopy procentowej nieobciążonej ryzykiem przyjmuje się oczekiwany zysk z papierów wartościowych o stałym oprocentowaniu emitowanych przez państwo (względnie indeks opierający się na tych papierach wartościowych), ponieważ są to formy inwestycji obciążone porównywalnie niskim ryzykiem. Różnice między poszczególnymi metodami występują jednakże przy obliczeniu premii za ryzyko:

- *Metoda finansowa:* Oczekiwany przez inwestora zysk z kapitału własnego stanowi z punktu widzenia banku wykorzystującego kapitał przyszłe koszty finansowania. Przy tym podejściu określane są najpierw historyczne koszty kapitału własnego, które ponoszą banki porównywalne z opisywanym bankiem. Średnia arytmetyczna historycznych kosztów kapitału zostaje następnie porównana z przyszłymi, oczekiwanymi kosztami kapitału własnego, a w ten sposób z zyskiem z kapitału oczekiwanym przez inwestora.
- *Metoda finansowa ze skumulowanym rocznym wzrostem (compound annual growth rate):* Centralnym punktem tej metody jest zastosowanie średniej geometrycznej zamiast arytmetycznej (compound annual growth rate).
- *Metoda wyceny aktywów kapitałowych (capital asset pricing model – CAPM):* W nowoczesnych finansach metodą najbardziej znaną i najczęściej testowaną jest CAPM. Przy pomocy tej metody można określić zysk z kapitału oczekiwany przez inwestora przy pomocy następującego wzoru:

zysk minimalny

=

podstawowa stopa procentowa nieobciążona ryzykiem + (rynkowa premia za ryzyko x beta)

Premię za ryzyko inwestycji w kapitał własny oblicza się przez pomnożenie rynkowej premii za ryzyko oraz współczynnika beta (rynkowa premia za ryzyko x beta). Współczynnik beta pozwala na porównanie ryzyka danego przedsiębiorstwa z łącznym ryzykiem wszystkich przedsiębiorstw.

(136) CAPM jest główną metodą obliczania zysków z inwestycji w przypadku dużych przedsiębiorstw notowanych na giełdzie. NordLB nie jest przedsiębiorstwem notowanym na giełdzie, dlatego nie można bezpośrednio wyprowadzić wartości beta. Zastosowanie metody CAPM jest możliwe wyłącznie na podstawie orientacyjnego współczynnika beta.

(137) W uwagach z dnia 29 lipca 2003 r. BdB przedstawiło oczekiwane minimalne wynagrodzenie za inwestycję w kapitał zakładowy NordLB w momencie wniesienia majątku LTS na dzień 31 grudnia 1991 r., obliczone przy zastosowaniu metody CAPM, w wysokości 13,34 % rocznie Niemcy wyraziły zasadnicze wątpliwości co do zastosowania metody CAPM. Ponadto zdaniem Niemiec BdB założyło zbyt wysoki współczynnik beta i błędnie określiło podstawową stopę procentową nieobciążoną ryzykiem.

Rynkowa premia za ryzyko w wysokości 4,6 % jest również zbyt wysoka. Przy zastosowaniu poprawnych założeń BdB uzyskaloby zdecydowanie niższą wartość wynagrodzenia minimalnego za hipotetyczną inwestycję w kapitał zakładowy NordLB.

(138) Kraj związkowy Dolna Saksonia, bank NordLB oraz BdB w porozumieniu o odpowiednim wynagrodzeniu rynkowym stwierdziły, że odpowiednie minimalne wynagrodzenie wynosi 10,03 %.

(139) Strony porozumienia zastosowały w swoich obliczeniach metodę CAPM, a podstawową nieobciążoną ryzykiem stopę procentową dla NordLB przyjęły w wysokości 7,15 % na dzień 31 grudnia 1991 r. Określając stopy procentowe założono, że majątek LTS zostanie udostępniony bankowi NordLB trwale. Strony nie zastosowały zatem zysku z nieobciążonych ryzykiem papierów wartościowych o określonym czasie trwania inwestycji (np. dziesięcioletni zysk z obligacji państwowych) obserwowanego na rynku w dniu wniesienia kapitału na dzień bilansowy, gdyż takie spojrzenie pomijałoby ryzyko reinwestycji, tzn. ryzyko braku możliwości ponownego zainwestowania po upływie okresu inwestycji w wysokości nieobciążonej ryzykiem stopy procentowej. Zdaniem stron najlepiej uwzględni się ryzyko inwestycji, jeśli jako podstawę przyjmie się „total return index”. Z tego powodu strony oparły się na indeksie niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG) REX10 Performance Index, który odzwierciedla dokładnie zachowanie (performance) inwestycji w obligacje federalne o dokładnie dziesięcioletnim czasie trwania. Zastosowany indeks uwzględnia stan indeksu REX10 Performance Index na koniec każdego roku od 1970 r. Strony oszacowały w ten sposób zysk roczny, który odzwierciedla tendencję przyjętego indeksu REX10 Performance Index w okresie od 1970 do 1991 r., i w ten sposób strony uzyskały wyżej wymienioną podstawową stopę procentową nieobciążoną ryzykiem w wysokości 7,15 % (na dzień 31 grudnia 1991 r.).

(140) Biorąc pod uwagę, że wkład miał zostać udostępniony NordLB trwale, procedura obliczenia podstawowych stóp procentowych nieobciążonych ryzykiem wydaje się w tym przypadku właściwa. Ponadto przyjęty indeks REX10 Performance Index stanowi ogólnie uznane źródło danych. Obliczone podstawowe stopy procentowe nieobciążone ryzykiem wydają się niniejszym uzasadnione.

(141) Współczynnik beta określono na poziomie 0,72 na podstawie ekspertyzy KPMG, którą dysponuje Komisja, dotyczącej tzw. współczynnika beta dostosowanego (adjusted) wszystkich instytucji kredytowych w Niemczech notowanych na giełdzie. Na podstawie powyższej ekspertyzy oraz przy uwzględnieniu profilu działalności banku NordLB należy uznać powyższy współczynnik beta za właściwy.

(142) Komisja uważa także rynkową premię za ryzyko w wysokości 4,0 % za akceptowalną. Już w decyzji 2000/392/WE kilkakrotnie odniosła się do tzw. ogólnej długoterminowej rynkowej premii za ryzyko, a więc do różnicy między długoterminowym średnim zyskiem ze zwykłego portfela akcji, a zyskiem z obligacji państwowych. W odpowiednich ekspertyzach dotyczących postępowania, zastosowano – w zależności od metodyki, założonego okresu oraz danych

– przedział od ok. 3 % do 5 %. Do wycień w ekspertyzie sporządzonej dla BdB alternatywnie przyjęto wartości 3,16 % oraz 5 %, inna ekspertyza sporządzona dla banku WestLB w ramach tego samego postępowania zakładała wartości 4,5 % oraz 5 %, natomiast analitycy Lehman Brothers, którzy pracowali również na zlecenie WestLB, założyli stopę 4 %. Biorąc pod uwagę powyższe, Komisja nie widzi w tym przypadku potrzeby zrezygnowania z rynkowej premii za ryzyko, zastosowanej w porozumieniu. Uwzględniając zastosowanie metody CAPM, zdaniem Komisji nie ma wątpliwości, że minimalne wynagrodzenie obliczone przez strony jest odpowiednie.

- (143) Komisja nie dostrzega przesłanek świadczących o tym, że obliczone przez strony wynagrodzenie za hipotetyczną inwestycję w kapitał zakładowy nie wytrzymałoby testu rynkowego. Komisja ustala zatem odpowiednie minimalne wynagrodzenie w wysokości 10,03 % rocznie (každorazowo po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym).

(vi) **Zmniejszenie zysku z kapitału z powodu braku płynności**

- (144) Niemcy stoją na stanowisku, że bank NordLB uścił odpowiednie wynagrodzenie, ponieważ inwestor prywatny obniżyłby wynagrodzenie o zaoszczędzone przez niego koszty refinansowania. Niemcy uzyskały wynik oprocentowania majątku funduszu celowego LTS w wysokości ok. 9,5 %, ze względu na to, że inwestor oszczędził na kosztach refinansowania kapitału.
- (145) Komisja uważa jednakże, że bez znaczenia jest, ile zaoszczędził kraj związkowy jako inwestor. Kraj związkowy wniósł majątek funduszu celowego LTS do banku NordLB jako kapitał niepłynny. Nie można mówić o oszczędnościach kraju związkowego, gdyż nie był on zobowiązany do zapewnienia płynności majątku.
- (146) „Zwykle” wniesienie kapitału do banku powoduje zarówno poprawę płynności, jak i zwiększenie kapitału podstawowego, który jest konieczny do rozszerzenia działalności komercyjnej w świetle przepisów o nadzorze bankowym. Aby w pełni wykorzystać kapitał, tzn. rozszerzyć 100 % aktywów ważonych ryzykiem o wskaźnik 12,5 (tzn. 100 podzielone przez współczynnik wypłacalności w wysokości 8 %), bank musi dokonać 11,5-krotnego refinansowania na rynkach finansowych. Mówiąc prościej, różnica między 12,5 razy otrzymanymi i 11,5 razy zapłaconymi odsetkami z tego kapitału po potrąceniu pozostałych kosztów banku (np. kosztów administracyjnych) daje zysk z kapitału własnego ⁽¹⁾.
- (147) Ponieważ kapitał LTS początkowo nie zwiększa płynności NordLB, bank NordLB ponosi dodatkowe koszty finansowania w wysokości kwoty kapitałowej, jeśli pobiera z rynków finansowych środki konieczne do pełnego wykorzystania możliwości transakcyjnych, których przypisał mu dodatkowy kapitał własny, tzn. do rozszerzenia aktywów ważonych ryzykiem o 12,5-krotność kwoty kapitałowej (lub do utrzymania istniejących aktywów

w takiej wysokości) ⁽²⁾. Z powodu powyższych kosztów dodatkowych, które nie powstałyby w przypadku wniesienia kapitału własnego w innej formie, należy w celu określenia właściwego wynagrodzenia ustalić odpowiednie potrącenie. Inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej nie może oczekiwać, że otrzyma takie samo wynagrodzenie jak w przypadku wniesienia kapitału w gotówce.

- (148) Komisja jest przy tym zdania, że przy obliczaniu nie należy uwzględniać całej stopy refinansowania. Koszty refinansowania stanowią koszty działalności i zmniejszają przychody podlegające opodatkowaniu. Wynik netto banku nie zmniejsza się o kwotę dodatkowo zapłaconych odsetek. Część powyższych kosztów zostanie wyrównana mniejszym podatkiem od osób prawnych. Należy uwzględnić wyłącznie wydatki netto jako dodatkowe obciążenie NordLB z powodu szczególnego charakteru wniesionego kapitału. Komisja uznaje ostatecznie, że NordLB ponosi dodatkowe „koszty płynności” w wysokości „kosztów refinansowania minus podatek od przedsiębiorstw”.

- (149) Na podstawie indeksu REX 10 Performance Index niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG) stopa procentowa nieobciążona ryzykiem wynosiła pod koniec 1991 r. 7,15 %. Dwie emisje trzydziestoletnich obligacji federalnych z 1986 roku osiągnęły zysk z kapitału w wysokości 7,8 % oraz 7,6 %. Niemcy twierdziły, że indywidualna stopa refinansowania NordLB na dzień 31 grudnia 1991 r. wynosiła [...] %. W zawartym porozumieniu strony uwzględniły długoterminową stopę procentową nieobciążoną ryzykiem w wysokości 7,15 %. Ponadto strony uzgodniły przyjęcie zryczałtowanej stopy podatkowej w wysokości 50 % ⁽³⁾. Strony ustaliły w ten sposób stopę refinansowania netto w wysokości 3,57 %, która uwzględnia odpowiednie potrącenie za brak płynności.

- (150) Na podstawie powyższego porozumienia oraz faktu, że wymienione kwoty mieszczą się w przedziale wcześniej określonym przez Niemcy, Komisja nie widzi powodu, aby podważać wartość 3,57 % i przyjmuje ją do obliczenia elementu pomocy.

(v) **Marża na zysk z kapitału ze względu na szczególne cechy transferu**

- (151) W praktyce przy ustalaniu wynagrodzenia za inwestycję, okoliczności nietypowe, odbiegające od standardowej inwestycji w kapitał zakładowy znajdują zwykle wyraz w postaci odpowiednich dopłat lub potrąceń. Należy zatem sprawdzić, czy szczególne okoliczności, zwłaszcza dany profil ryzyka transferu LTS sprawiają, że konieczne jest dostosowanie ustalonego minimalnego wynagrodzenia w wysokości 10,03 %, którego oczekiwali inwestor prywatny za (hipotetyczną) inwestycję w kapitał zakładowy

⁽¹⁾ W rzeczywistości sytuacja jest dużo bardziej skomplikowana, np. z powodu pozycji pozabilansowych, różnego stopnia ważenia ryzyka aktywów i pozycji o zerowym stopniu ryzyka. Sens argumentacji nie zostaje jednak naruszony.

⁽²⁾ Sytuacja nie ulegnie zmianie, jeśli uwzględni się możliwość pozyskania kapitału uzupełniającego do wysokości kapitału podstawowego (współczynnik 25 zamiast 12,5 dla kapitału podstawowego).

⁽³⁾ Dokumenty udostępnione przez rząd niemiecki zawierały informacje o podatku od osób prawnych w roku 1992 w wysokości 46 %, do którego należało doliczyć podatek solidarnościowy w wysokości 3,75 % (razem 49,75 %). W roku 1993 łączne obciążenie podatkowe uległa zmniejszeniu do 46 %, a w latach 1994 do 2000 wynosiło 49,5 %. Od 2001 r. łączne obciążenie podatkowe wynosiło 30 %.

banku NordLB, oraz czy Komisja może przeprowadzić kwantyfikację w sposób metodologicznie poprawny. W powyższym kontekście właściwe wydaje się zbadanie trzech kwestii: po pierwsze braku emisji nowych udziałów w spółce oraz związanych z nimi praw do głosu, po drugie wyjątkowo wysokiej wartości przeniesionego majątku oraz po trzecie braku zamienności inwestycji.

(152) Kraj związkowy nie uzyskał wskutek wniesienia kapitału dodatkowych głosów i nie zostało to zrównoważone porównywalną inwestycją innego udziałowca. W wyniku rezygnacji z prawa do głosu inwestor traci możliwość wpływania na decyzje zarządu banku. Dla wyrównania przyjęcia wyższego ryzyka strat bez odpowiedniego zwiększenia wpływu na przedsiębiorstwo inwestor działający na zasadach gospodarki rynkowej (nawet przy zmniejszeniu ryzyka wskutek uzgodnień wewnętrznych z innymi udziałowcami) zażądałby wyższego wynagrodzenia. Zakładając wyższe wynagrodzenie za akcje uprzywilejowane w stosunku do akcji zwykłych, Komisja uważa za uzasadnioną marżę na wynagrodzenie w wysokości co najmniej 0,3 % rocznie (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw). Również strony porozumienia uważają marżę w wysokości 0,3 % rocznie za uzasadnioną ze względu na brak emisji nowych praw do głosu.

(153) Wielkość wniesionego majątku oraz wpływ, jaki wywiera on na bank NordLB z punktu widzenia dyrektywy w sprawie współczynnika wypłacalności, został już omówiony powyżej (pkt. 40 i nast.). Wskutek wniesienia LTS zwiększył się znacznie kapitał podstawowy NordLB, i to bez ponoszenia kosztów uzyskania i opłat administracyjnych. Inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej zażądałby za wniesienie kapitału o znacznej wielkości względnej i bezwzględnej, jakim jest majątek LTS, marży na wynagrodzenie. Z drugiej strony wniesienia kapitału zakładowego w wysokości 1,5 mld DEM do jednego z największych niemieckich banków uniwersalnych nie należy uważać za transakcję zupełnie odbiegającą od normalnych wielkości, biorąc pod uwagę szczególne zapotrzebowanie na kapitał europejskich instytucji kredytowych wskutek wdrażania dyrektywy w sprawie współczynnika wypłacalności. Dodatkowo należy zauważyć, że znaczna wartość transakcji może sugerować podobieństwo wkładu majątkowego do kapitału zakładowego, gdyż w momencie transferu pod koniec 1991 r. ciche udziały o dużej wartości nie były typowe na rynku. Gdyby w przypadku inwestycji podobnej do kapitału zakładowego żądano marży za wartość wniesionego majątku, oznaczałoby to podwójną marżę za wartość majątku. Komisja rezygnuje na korzyść NordLB z nałożenia marży za wartość przeniesionego majątku. Porozumienie zakłada również, że nie będzie naliczana marża za wartość przeniesionego majątku.

(154) Wreszcie należy zwrócić uwagę na brak zamienności inwestycji, tzn. brak możliwości odzyskania zainwestowanego kapitału w dowolnym momencie. Inwestor może zwykle zbyć instrument kapitału własnego na rynku na rzecz osoby trzeciej i w ten sposób zakończyć swoją inwestycję. Standardowe wniesienie kapitału zakładowego odbywa się w następujący sposób: Inwestor wnosi po

stronie aktywów w bilansie majątek (w gotówce lub formie aportu). Po stronie pasywów odpowiada temu zwykle udział na rzecz inwestora, którym może on dysponować, np. w przypadku spółki akcyjnej są to akcje. Akcje może on odsprzedać osobie trzeciej. W ten sposób nie może odzyskać aktywów wniesionych pierwotnie, ponieważ zaliczają się one obecnie do obowiązkowego kapitału własnego spółki i nie ma on do nich dostępu. Jednak może – w zależności od kursu giełdowego – uzyskać ich równowartość, zbywając posiadane akcje. Jego inwestycja jest w ten sposób zamienna. Kraj związkowy nie posiada takiej możliwości z powodu szczególnych okoliczności przeniesienia majątku LTS. Komisja nie widzi jednakże powodu dla ustalenia kolejnej marży. Kraj związkowy nie miał wprawdzie możliwości uzyskania równowartości poprzez wolne dysponowanie inwestycją, jednak przynajmniej zasadniczo istniała i nadal istnieje możliwość ponownego wydzielenia majątku funduszu z banku NordLB na mocy ustawy i w ten sposób uzyskania wyższego zysku z kapitału poprzez ponowną inwestycję w inną instytucję kredytową. Także w tym przypadku porozumienie między BdB, krajem związkowym i bankiem NordLB zakłada, że z powodu braku zamienności majątku nie jest konieczna marża.

(155) Komisja uważa ostatecznie za uzasadnioną marżę na zysk z kapitału w wysokości 0,3 % rocznie (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw) za rezygnację z uzupełnianych praw do głosu.

(vi) **Brak zmniejszenia wynagrodzenia z powodu uzgodnienia wynagrodzenia ryczałtowego**

(156) W przypadku akcji wynagrodzenie zależy bezpośrednio od wyników uzyskiwanych przez przedsiębiorstwo i wyraża się przede wszystkim w formie dywidend i w formie udziału w przyroście wartości przedsiębiorstwa (np. wyrażonym we wzroście kursu akcji). Kraj związkowy otrzymuje wynagrodzenie ryczałtowe, którego wysokość ma uwzględniać oba powyższe aspekty wynagrodzenia za „normalne” dokapitalizowanie. Można by argumentować, że stałe wynagrodzenie zamiast bezpośredniego uzależnienia wynagrodzenia od wyników NordLB stanowi korzyść dla kraju związkowego, która to korzyść usprawiedliwia redukcję stopy wynagrodzenia. Czy jednak takie stałe wynagrodzenie rzeczywiście jest korzystniejsze niż wynagrodzenie zmienne zależne od zysku, zależy w dużej mierze od wyników przedsiębiorstwa osiągniętych w przyszłości. Jeśli pogorszą się one, wówczas stopa ryczałtowa jest korzystniejsza dla inwestora, jednak przy ich polepszeniu stanowi wadę. Rzeczywistego rozwoju sytuacji nie można uwzględnić przy późniejszej ocenie decyzji inwestycyjnej. Biorąc pod uwagę powyższe argumenty, Komisja uważa, że stopa wynagrodzenia nie może zostać zredukowana.

(vii) **Łączne wynagrodzenie**

(157) Na podstawie wszystkich powyższych rozważań Komisja doszła do wniosku, że odpowiednie wynagrodzenie za kapitał powinno wynosić 6,76 % rocznie (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw), a mianowicie 10,03 %

zwykłego zysku z tego instrumentu plus marża w wysokości 0,3 % za szczególny charakter transakcji minus 3,75 % z powodu nakładów finansowych, które poniósł NordLB w związku z brakiem płynności wniesionego majątku.

(viii) **Odpowiednie wynagrodzenie za kwotę ok. 100 mln DEM**

- (158) Jak przedstawiono powyżej, także część kapitału własnego w wysokości ok. 100 mln DEM stanowi dla NordLB wartość materialną, a jego funkcję ekonomiczną można porównać z poręczeniem lub gwarancją. Aby podjąć ryzyko tego typu, inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej zażądałby odpowiedniego wynagrodzenia. Porozumienie między BdB, krajem związkowym oraz bankiem NordLB nie porusza powyższej kwestii.
- (159) W decyzji o wszczęciu procedury przewidzianej w art. 88 ust. 2 Traktatu WE Komisja przedstawiła stopę w wysokości 0,3 % rocznie (po opodatkowaniu), którą Niemcy określiły jako odpowiednią prowizję za awal dla banku takiego jak NordLB. Podwyższenie wynagrodzenia ze względu na szczególnie wysoki zakres „poręczenia” wydaje się w przypadku kwoty ok. 100 mln DEM niewłaściwe. Komisja uznała, że nawet marża za oba lata 1992 i 1993, w których kwota do dyspozycji wynosiła zdecydowanie więcej niż 100 mln DEM, nie jest uzasadniona. Podwyższenie tej stopy z tego względu, że bank NordLB mógł korzystać z majątku funduszu LTS zasadniczo w sposób nieograniczony, jest wątpliwe z tych samych powodów, z których nie zdecydowano się na wprowadzenie marży za kapitał, który można było wykorzystać na działalność komercyjną.
- (160) Premia gwarancyjna stanowi koszt działalności banku NordLB i zmniejsza zysk podlegający opodatkowaniu. Wynagrodzenie należne krajowi związkowemu Dolna Saksonia w zamian za majątek LTS płacone jest z zysków po opodatkowaniu. Z tego powodu stopę w wysokości 0,3 % należy zasadniczo skorygować o stopę podatkową. Tak samo jak w przypadku kosztów refinansowania, Komisja zakłada – w tej sytuacji na korzyść banku NordLB – jednolitą stopę podatkową w wysokości 50 %. Komisja ustala zatem stopę w wysokości 0,15 % rocznie po opodatkowaniu.
- f) ELEMENT POMOCY
- (161) Zgodnie z powyższymi obliczeniami, Komisja uważa wynagrodzenie w wysokości 6,76 % rocznie po opodatkowaniu za tę część kapitału, którą bank NordLB może wykorzystać na zabezpieczenie działalności komercyjnej, tj. ok. 1,4 mld DEM, oraz wynagrodzenie w wysokości 0,15 % rocznie po opodatkowaniu za różnicę między tą częścią kapitału a kwotą 1,5 mld DEM wykazaną w bilansie NordLB jako kapitał własny, tj. ok. 100 mln DEM, za zgodne z zasadami rynkowymi.
- (162) NordLB płaci obecnie wynagrodzenie w wysokości 0,5 % rocznie po opodatkowaniu za kwotę, którą rzeczywiście wykorzystuje na zabezpieczenie działalności komercyjnej. Powyższe wynagrodzenie zostało po raz pierwszy wypłacone za rok 1992.

- (163) Poza wynagrodzeniem w wysokości 0,5 % rocznie po opodatkowaniu Niemcy uważają za kolejny składnik wynagrodzenia prawo kraju związkowego do pobierania spłat oprocentowania i rat kapitałowych wpływających do majątku funduszu celowego LTS, jeżeli wartość rynkowa majątku funduszu przekracza 1,5 mld DEM.
- (164) Komisja jest zdania, że inwestor rynkowy nie zdecydowałby się otrzymywać wynagrodzenia z wpływów, które uzależnione są od zachowania banku zarządzającego majątkiem funduszu celowego. Ponadto NordLB nie odniósł korzyści gospodarczych z części majątku przekraczającej kwotę 1,5 mld DEM (w związku z tym nie ma konieczności płacenia wynagrodzenia). Kwot pobranych z tej części majątku funduszu LTS nie można traktować jako kolejnego wynagrodzenia, gdyż z ekonomicznego punktu widzenia nie są one kosztem banku NordLB, lecz od początku przysługują krajowi związkowemu.
- (165) Niemcy twierdzą ponadto, że powodem przeniesienia majątku były potencjalne efekty synergii, a nie podwyższenie kapitału własnego banku NordLB. Jednak przynajmniej częściowo przeniesienie majątku funduszu celowego miało na celu sprostanie wymogom dyrektywy w sprawie współczynnika wypłacalności. Nawet jeśli powstaną oszczędności i efekty synergii dla majątku LTS, redukcja kosztów będzie stanowiła korzyść dla LTS, jednak nie można tego postrzegać jako świadczenia zwrotnego banku NordLB w zamian za udostępnienie kapitału podstawowego. Efekty synergii nie mogą mieć wpływu na wysokość wynagrodzenia, którego mógłby zażądać od banku inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej za udostępniony kapitał własny, ponieważ dzięki efektom synergii nie zmniejszą się możliwości wykorzystania przeniesionego kapitału przez NordLB, ani nie zwiększą się koszty ponoszone przez NordLB na skutek przeniesienia. Także w przypadku rzeczywistej korzyści dla kraju związkowego spowodowanej efektami synergii każdy konkurent byłby zmuszony do „zapłacenia” krajowi związkowemu za instrument finansowy (LTS) oraz za udostępniony kapitał własny wynagrodzenia w formie takich korzyści. Poza tym efekty synergii wynikające z połączenia powstają zwykle dla obu biorących w nim udział przedsiębiorstw. Trudno zrozumieć, dlaczego NordLB nie miałyby odnieść z tego żadnych korzyści. Komisja jest zatem zdania, że ewentualnych efektów synergii nie można postrzegać jako wynagrodzenia zapłaconego przez NordLB za przeniesienie LTS.
- (166) Ostatecznie także tak zwany efekt właściciela nie jest powodem do założenia wyższego wynagrodzenia niż 0,5 % rocznie. Jak wspomniano powyżej, inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej, który posiada już udziały w przedsiębiorstwie, nie zrezygnowałby z pełnego, bezpośredniego wynagrodzenia, jeśli jeden lub kilku udziałowców odniosłoby korzyści z wniesionego kapitału nie ponosząc żadnych kosztów. Ponieważ NSGV nie wniosło udziału kapitałowego odpowiadającego udziału

rok	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
1. za udział wykorzystywany na działalność komercyjną	1 400	1 390	1 390	1 390	1 390	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2. pozostała kwota (różnica do 1,5 mln DEM)	100	110	110	110	110	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Wynagrodzenie w wysokości 6,76 % rocznie (po opodatkowaniu) za 1	94,64	93,96	93,96	93,96	93,96	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Wynagrodzenie w wysokości 0,15 % rocznie (po opodatkowaniu) za 2	0,15	0,16	0,16	0,16	0,16	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Wynagrodzenie zgodne z rynkowym łącznie	94,79	94,12	94,12	94,12	94,12	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Rzeczywiste wynagrodzenie (po opodatkowaniu) (0,5 %) za cały rok 1992	7	6,95	6,95	6,95	6,95	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Element pomocy	87,79	87,17	87,17	87,17	87,17	87,17	85,88	85,88	85,88	85,88

Od 1 stycznia 1999 DEM są przeliczane na EUR wg kursu 1,95583. Dane w DEM należy odpowiednio przeliczyć na EUR.

(169) Różnica między uzgodnionym wynagrodzeniem w wysokości 0,5 % rocznie a odpowiednim wynagrodzeniem w wysokości 6,76 % rocznie (za część majątku funduszu LTS przeznaczoną na działalność komercyjną NordLB) oraz 0,15 % rocznie (za część majątku porównywalną z gwarancją bankową) stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE.

(170) Element pomocy za okres od przyznania pomocy do końca 2003 r. wynosi w markach niemieckich 923,82 mln DEM. Powyższa kwota przeliczona na EUR wynosi 472,34 mln EUR. NordLB nadal dysponuje majątkiem LTS. Element pomocy ulega stale zwiększeniu.

4. ZGODNOŚĆ DZIAŁANIA Z TRAKTATEM WE

(171) Można stwierdzić, że wszystkie kryteria art. 87 ust. 1 Traktatu WE zostały spełnione, a przeniesienie majątku LTS zawiera element pomocy państwa w rozumieniu ww. artykułu. Wychodząc z powyższego założenia, należy zbadać, czy pomoc państwa jest zgodna ze wspólnym rynkiem. Należy jednak zauważyć, że w odniesieniu do elementów pomocy w ramach przeniesienia majątku funduszu celowego, Niemcy powołały się wyłącznie na odstępstwo przewidziane w art. 86 ust. 2 Traktatu WE.

(172) Żadne odstępstwo określone w art. 87 ust. 2 Traktatu WE nie znajduje w powyższej sytuacji zastosowania. Pomoc nie ma charakteru socjalnego, ani nie została przyznana indywidualnym konsumentom. Nie miała ona także na celu naprawienia szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi lub innymi zdarzeniami nadzwyczajnymi, ani skompensowania niekorzystnych skutków gospodarczych spowodowanych podziałem Niemiec.

(173) Pomoc nie ma celu wspierania regionów – nie jest przeznaczona ani na sprzyjanie rozwojowi gospodarczemu regionów, w których poziom życia jest nienormalnie niski

lub regionów, w których istnieje poważny stan niedostatecznego zatrudnienia, ani na ułatwianie rozwoju niektórych regionów gospodarczych – dlatego nie ma zastosowania ani art. 87 ust. 3 lit. a), ani aspekt regionalny wymieniony w art. 87 ust. 3 lit. c) Traktatu WE. Pomoc nie jest przeznaczona na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania. Celem pomocy nie jest również wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturowego.

(174) Kontynuacja działalności banku NordLB również nie była zagrożona w momencie przeprowadzania wymienionego działania, dlatego nie pojawiła się kwestia czy bankrutstwo jednego dużego banku, jakim jest NordLB w Niemczech, mogłoby doprowadzić do kryzysu sektora bankowego, co z kolei na podstawie art. 87 ust. 3 lit. b) Traktatu WE mogłoby uzasadniać przyznanie pomocy w celu zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce Niemiec.

(175) Zgodnie z art. 87 ust. 3 lit. c) Traktatu WE za zgodną ze wspólnym rynkiem może zostać uznana pomoc państwa przeznaczona na ułatwianie rozwoju niektórych regionów gospodarczych. Zasadniczo powyższe postanowienie mogłoby również dotyczyć pomocy na restrukturyzację w sektorze bankowym. Jednak w omawianym przypadku nie zostały spełnione warunki konieczne do zastosowania powyższego odstępstwa. Banku NordLB nie można uznać za przedsiębiorstwo w trudnej sytuacji, które musi otrzymać pomoc państwa dla odzyskania rentowności.

(176) Artykuł 86 ust. 2 Traktatu WE, który zezwala w określonych warunkach na odstępstwa od przepisów Traktatu dotyczących pomocy państwa, zasadniczo dotyczy także sektora usług finansowych. Komisja potwierdziła powyższe stwierdzenie w sprawozdaniu pt. „Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym przez sektor bankowy”⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Powyższe sprawozdanie zostało przedłożone Radzie ds. Gospodarki i Finansów w dniu 23 listopada 1998 r., ale nie zostało opublikowane. Jest ono dostępne w Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji oraz na stronach internetowych Komisji.

(177) Niemcy uważają, że ewentualne uprzywilejowanie NordLB wskutek wniesienia majątku funduszu celowego LTS miało stanowić wyłącznie rekompensatę dla NordLB z tytułu kosztów powstałych w związku z usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym. NordLB nie jest wyłącznie bankiem kraju związkowego, lecz w regionie Braunschweigu wypełnia zadania kasy oszczędnościowej. Z tego względu świadczy on nie tylko typowe usługi banku kraju związkowego w ogólnym interesie gospodarczym i ponosi związane z tym koszty, lecz także pełni funkcję kasy oszczędnościowej.

(178) Niemcy nie obliczyły kosztów powstałych dla NordLB w związku z usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym. Chociażby z tego powodu Komisja nie może uznać odstępstwa od stosowania art. 87 ust. 1 Traktatu WE na podstawie art. 86 ust. 2 Traktatu WE. Ponadto przeniesienie kapitału przeprowadzono, aby NordLB spełniał nowe wymogi dotyczące kapitału własnego. Celem nie była rekompensata z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym przez bank NordLB.

(179) Ponieważ żadne z odstępstw od zasady zakazu pomocy państwa wymienione w art. 87 ust. 1 Traktatu WE nie znajduje zastosowania, niniejszej pomocy państwa nie można uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem.

5. BRAK ISTNIEJĄCEJ POMOCY

(180) Przeciwnie do twierdzenia Niemiec nie można uznać, że przeniesienie majątku funduszu LTS mieści się w istniejącym systemie pomocy poręczeń państwowych *Anstaltslast* i *Gewährträgerhaftung*.

(181) Po pierwsze przesłanki stanu nieograniczonej odpowiedzialności udziałowców banku za roszczenia wierzycieli (*Gewährträgerhaftung*), jeżeli majątek banku nie jest wystarczający do ich zaspokojenia, nie były w tym przypadku spełnione. Wniesienie kapitału nie służyło zaspokojeniu roszczeń wierzycieli NordLB, a majątek NordLB nie był wyczerpany.

(182) Po drugie nie zachodzi stan konieczności zapewnienia bankowi płynności (*Anstaltslast*). Poręczenie państwowe *Anstaltslast* zobowiązuje poręczycieli (*Anstaltsräger*), czyli kraj związkowy Dolna Saksonia i NSGV, do zapewnienia bankowi NordLB środków koniecznych do prowadzenia działalności, jeżeli zdecydują oni, że bank ma kontynuować działalność. Jednak w momencie wniesienia kapitału bank NordLB w żadnym wypadku nie był w sytuacji, w której prowadzenie prawidłowej działalności nie byłoby możliwe. Wniesiony kapitał nie był więc konieczny do zapewnienia prawidłowej działalności banku NordLB. Celem było raczej utrzymanie wartości transakcji na dotychczasowym poziomie lub umożliwienie rozszerzenia działalności banku kraju związkowego w związku z nowymi wymogami stawianymi kapitałowi własnemu przez dyrekcję w sprawie współczynnika wypłacalności. Bank NordLB mógł dzięki temu również w przyszłości wykorzystać szanse rynkowe i sprostać konkurencji zgodnie z zamierzeniami ekonomicznymi kraju związkowego jako współwłaściciela.

„Przepisu awaryjnego” poręczenia państwowego *Anstaltslast* nie stosuje się do takich normalnych decyzji ekonomicznych kraju związkowego. Z braku innego istniejącego systemu pomocy, który można by zastosować zgodnie z art. 87 ust. 1, art. 88 ust. 1 Traktatu WE, wniesienie kapitału stanowi nową pomoc w rozumieniu art. 87 ust. 1, art. 88 ust. 3 Traktatu WE.

VI. WNIOSEK

(183) Komisja stwierdza, że Niemcy przyznały bezprawnie nową pomoc państwa, naruszając art. 88 ust. 3 Traktatu WE.

(184) Pomocy nie można uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem ani na podstawie art. 87 ust. 2 lub ust. 3 Traktatu WE, ani na podstawie innego postanowienia Traktatu. Zgodnie z powyższym pomoc uznaje się za niezgodną ze wspólnym rynkiem, konieczne jest jej zniesienie i przeprowadzenie windykacji bezprawnej pomocy przez Niemcy.

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

1. Różnica między odpowiednim wynagrodzeniem w wysokości 6,76 % rocznie (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym) a wynagrodzeniem uzgodnionym przez Norddeutsche Landesbank – Girozentrale i kraj związkowy Dolna Saksonia w wysokości 0,5 % rocznie (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym) za tę część wniesionego kapitału, którą Norddeutsche Landesbank – Girozentrale mógł od dnia 1 stycznia 1992 r. wykorzystywać na zabezpieczenie działalności komercyjnej, stanowi pomoc państwa niezgodną ze wspólnym rynkiem.

2. Rezygnacja z odpowiedniego wynagrodzenia w wysokości 0,15 % rocznie (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym) za tę część kapitału wniesionego do Norddeutsche Landesbank – Girozentrale, którą bank od 1 stycznia 1992 r. mógł wykorzystywać jako gwarancję, stanowi pomoc państwa niezgodną ze wspólnym rynkiem.

3. Wartość pomocy państwa wymienionej w ustępach 1 i 2 wynosi za okres od 1 stycznia 1992 r. do 31 grudnia 2003 r. 472,34 mln EUR.

Artykuł 2

1. Niemcy zniosą pomoc wymienioną w art. 1 ust. 1 i 2 najpóźniej do dnia 31 grudnia 2004 r.

2. Niemcy podejmą wszystkie konieczne działania, aby odzyskać od beneficjenta bezprawnie przyznaną pomoc państwa wymienioną w art. 1 ust. 1 i 2.

pomoc państwa podlegająca windykacji wymieniona w art. 1 ust. 1 i 2 obejmuje:

a) kwotę wymienioną w art. 1 ust. 3 za okres od 1 stycznia 1992 r. do 31 grudnia 2003 r.;

- b) kwotę obliczoną według metody wymienionej w art. 1 ust. 1 i 2 za okres od 1 stycznia 2004 r. do momentu zniesienia pomocy.

Artykuł 3

Windykacja pomocy nastąpi niezwłocznie na podstawie przepisów krajowych, jeśli możliwe będzie w ten sposób natychmiastowe i faktyczne wykonanie niniejszej decyzji.

Kwota podlegająca zwrotowi obejmuje odsetki obliczone od momentu przyznania bezprawnej pomocy beneficjentowi do jej rzeczywistego zwrotu.

Odsetki należy obliczyć według przepisów rozdziału V rozporządzenia Komisji (WE) 794/2004 ⁽¹⁾.

Artykuł 4

Niemcy poinformują Komisję w terminie dwóch miesięcy od ogłoszenia niniejszej decyzji przy pomocy załączonego kwestionariusza o działaniach podjętych w celu wykonania decyzji.

Artykuł 5

Niniejsza decyzja skierowana jest do Republiki Federalnej Niemiec.

Bruksela, dnia 20 października 2004 r.

W imieniu Komisji

Mario MONTI

Członek Komisji

⁽¹⁾ Dz.U. L 140 z 30.4.2004, str. 1.

ZAŁĄCZNIK

INFORMACJE DOTYCZĄCE WYKONANIA DECYZJI KOMISJI

1. **Obliczenie kwoty podlegającej zwrotowi**

- 1.1. Proszę przedłożyć następujące dane szczegółowe dotyczące wysokości kwoty przyznanej bezprawnie pomocy, którą udostępniono beneficjentowi.

Data płatności ^(o)	Wysokość pomocy ^(*)	Waluta	Beneficjent

^(o) Data udostępnienia pomocy lub poszczególnych rat pomocy beneficjentowi (jeśli działanie składa się z kilku rat i wynagrodzeń, należy użyć oddzielnych wierszy dla ich wymienienia)

^(*) Wysokość przyznanej beneficjentowi pomocy (ekwiwalent pomocy brutto)

Uwagi:

- 1.2. Proszę dokładnie wyjaśnić sposób naliczenia odsetek, które należy zapłacić od pomocy podlegającej windykacji.

2. **Działania już podjęte lub zaplanowane w celu windykacji pomocy państwa**

- 2.1. Proszę dokładnie opisać, jakiego rodzaju działania zostały podjęte oraz jakie działania zaplanowano, aby przeprowadzić bezpośrednią i skuteczną windykację pomocy państwa. Proszę wyjaśnić, jakie działania alternatywne istnieją w prawie krajowym w celu przeprowadzenia windykacji. Jeśli to możliwe, proszę podać podstawę prawną przeprowadzonych/zaplanowanych działań.

- 2.2. Kiedy windykacja pomocy zostanie zakończona?

3. **Windykacja przeprowadzona**

- 3.1. Proszę przedłożyć następujące dane szczegółowe dotyczące pomocy, którą beneficjent już zwrócił:

Data ⁽ⁱ⁾	Zwrócona kwota	Waluta	Beneficjent

⁽ⁱ⁾ Data zwrotu pomocy

- 3.2. Proszę dołączyć dokumenty potwierdzające zwrot kwot pomocy, które wymieniono w powyższej tabeli w punkcie 3.1.

DECYZJA KOMISJI**z dnia 20 października 2004 r.****w sprawie przyznania pomocy przez Niemcy na rzecz Bayerische Landesbank – Girozentrale***(notyfikowana jako dokument nr C(2004) 3927)***(Jedynie tekst w języku niemieckim jest autentyczny)****(Tekst mający znaczenie dla EOG)**

(2006/739/WE)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, w szczególności jego art. 88 ust. 2 akapit 1,

uwzględniając Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym, w szczególności jego art. 62 ust. 1 lit. a),

po wezwaniu zainteresowanych stron do przedstawienia uwag ⁽¹⁾ zgodnie z ww. artykułami, oraz uwzględniając te uwagi,

a także mając na uwadze, co następuje:

I. PROCEDURA

- (1) Przedmiotem postępowania jest przeniesienie funduszy kredytowych na wspieranie budownictwa mieszkaniowego (Wohnungsbauförderdarlehen) przez Wolny kraj związkowy Bawarię na rzecz Bawarskiego Banku Krajowego – Centrali Żyrowej (Bayerische Landesbank – Girozentrale, dalej zwanego „BayernLB”). Postępowanie jest powiązane z sześcioma podobnymi postępowaniami toczącymi się przeciw Niemcom z powodu przeniesienia aktywów do banków krajowych, szczególnie do Zachodnioniemieckiego Banku Krajowego (Westdeutsche Landesbank Girozentrale, dalej zwanego „WestLB”).
- (2) Komisja przekazała Niemcom w dniu 12 stycznia 1993 r. zapytanie dotyczące podwyższenia kapitału w wysokości 4 mld DEM w banku WestLB spowodowanego połączeniem z Instytucją Wspierającą Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego (Wohnungsbauförderanstalt, dalej zwaną „Wfa”) oraz dotyczące podobnych podwyższeń środków własnych banków krajowych innych krajów związkowych. Niemcy poproszone zostały o przekazanie informacji o tym, w których bankach krajowych doszło do przeniesienia funduszy celowych oraz jakie powody mogłyby uzasadniać przeprowadzenie powyższych transakcji.
- (3) Władze niemieckie udzieliły odpowiedzi w dniu 16 marca 1993 r. oraz w dniu 17 września 1993 r. Komisja zwróciła się z zapytaniem o dalsze informacje w pismach z dnia 10 listopada 1993 r. oraz z dnia 13 grudnia 1993 r., na które uzyskała odpowiedź Niemiec w dniu 8 marca 1994 r.

- (4) Pismami z dnia 31 maja 1994 r. oraz z dnia 21 grudnia 1994 r. Federalne Zrzeszenie Niemieckich Banków (Bundesverband deutscher Banken e.V., dalej zwane „BdB”), reprezentujące banki prywatne z siedzibą w Niemczech, poinformowało Komisję między innymi o wniesieniu na mocy ustawy z dnia 23 lipca 1994 r. funduszy kredytowych na wspieranie budownictwa mieszkaniowego do obowiązkowego kapitału własnego banku BayernLB. Zdaniem BdB związane z tym podwyższenie środków własnych BayernLB stanowi zakłócenie konkurencji na korzyść wspomnianego banku, ponieważ nie uzgodniono wynagrodzenia zgodnego z rynkowymi zasadami działania inwestora. W drugim piśmie BdB złożyło formalną skargę i zwróciło się do Komisji o wszczęcie przeciw Niemcom procedury na podstawie art. 93 ust. 2 Traktatu WE (obecnie art. 88 ust. 2).

- (5) Skarga dotyczyła ponadto podobnych transferów aktywów na rzecz takich banków krajowych jak Westdeutsche Landesbank, Norddeutsche Landesbank, Landesbank Schleswig-Holstein, Hamburger Landesbank oraz Landesbank Berlin. W lutym i marcu 1995 r. oraz w grudniu 1996 r. kilka innych banków przyłączyło się do skargi złożonej przez ich Zrzeszenie.
- (6) Pismami z dnia 6 sierpnia 1997 r. oraz 30 lipca 1998 r. BdB poinformowało Komisję o dwóch pozostałych transferach aktywów w Szlezwiku-Holsztynie oraz Hesji na rzecz banków Landesbank Schleswig-Holstein oraz Landesbank Hessen-Thüringen.
- (7) Komisja przeprowadziła najpierw badanie transferu aktywów do Zachodnioniemieckiego Banku Krajowego (Westdeutsche Landesbank – dalej zwany „WestLB”), oświadczyła jednakże, że przebadania przeniesienia do innych banków w świetle wyników w sprawie WestLB ⁽²⁾. W roku 1999 Komisja podjęła ostateczną decyzję w powyższej sprawie i uznała pomoc (różnicę między uiszczonym wynagrodzeniem a wynagrodzeniem rynkowym) za niezgodną ze wspólnym rynkiem oraz nakazała windykację pomocy ⁽³⁾.

⁽²⁾ Dz.U. C 140 z 5.5.1998, str. 9 (decyzja o wszczęciu procedury).⁽³⁾ Dz.U. L 150 z 23.6.2000, str. 1; Niemcy wniosły środki prawne (ETS; C 376/99), Północna Nadrenia-Westfalia (SPI; T 233/99) oraz bank WestLB (SPI; T 228/99); Komisja wszczęła procedurę o naruszenie Traktatu (ETS; C 209/00).⁽¹⁾ Dz.U. C 81 z 4.4.2003, str. 13.

- Powyższą decyzję uchylił Sąd Pierwszej Instancji w dniu 6 marca 2003 r. z powodu niedostatecznego uzasadnienia dwóch parametrów zastosowanych do obliczenia wysokości wynagrodzenia⁽⁴⁾. Znając porozumienie między głównym skarżącym a wszystkimi bankami krajowymi, których dotyczyły postępowania (z wyjątkiem Helaba), oraz danymi krajami związkowymi, dnia 20 października 2004 r. Komisja wydała nową decyzję, która uwzględniała zastrzeżenia sądu.
- (8) Dnia 1 września 1999 r. Komisja przekazała Niemcom zapytanie dotyczące transferów do innych banków krajów związkowych. W odpowiedzi rząd federalny dnia 8 grudnia 1999 r. przesłał pismo zawierające informacje o przeniesieniu funduszy kredytowych na wspieranie budownictwa mieszkaniowego wspomnianego kraju związkowego na rzecz BayernLB, które po ponownych zapytaniach Komisji uzupełniono pismami rządu federalnego z dnia 22 stycznia 2001 r. oraz z dnia 3 lipca 2001 r.
- (9) Pismem z dnia 13 listopada 2002 r. Komisja poinformowała Niemcy o swojej decyzji o wszczęciu procedury na mocy art. 88 ust. 2 Traktatu WE w sprawie przeniesienia funduszy kredytowych na wspieranie budownictwa mieszkaniowego Wolnego kraju związkowego Bawarii na rzecz banku BayernLB. Komisja wszczęła jednocześnie procedurę w sprawie podobnych transferów aktywów do takich banków krajowych jak Norddeutsche Landesbank – Girozentrale, Landesbank Schleswig-Holstein – Girozentrale, Hamburgische Landesbank – Girozentrale oraz Landesbank Hessen-Thüringen. Wcześniej Komisja wszczęła już w lipcu 2002 r. procedurę w sprawie innego podobnego transferu funduszu celowego przez kraj związkowy Berlin do Landesbank Berlin.
- (10) Decyzje o wszczęciu procedur opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej⁽⁵⁾. Komisja wezwała zainteresowane strony do przedstawienia uwag.
- (11) Pismem z dnia 15 kwietnia 2003 r. Niemcy przekazały swoje uwagi odnośnie do wszczęcia procedury w sprawie banku BayernLB.
- (12) Pismem z dnia 29 lipca 2003 r. zrzeczenie BdB przekazało swoje uwagi odnośnie do wszystkich decyzji z dnia 13 listopada 2002 r. o wszczęciu procedur.
- (13) Na kolejne zapytanie Komisji z dnia 5 września 2003 r. Niemcy przekazały dalsze informacje pismem z dnia 24 października oraz zajęły stanowisko odnośnie do uwag BdB w sprawie BayernLB. Pismem z dnia 30 października 2003 r. Niemcy przekazały zdanie rządu kraju związkowego Nadrenia Północna-Westfalia oraz banku WestLB odnośnie do uwag Federalnego Zrzeszenia Niemieckich Banków dotyczących transferu funduszy kredytowych na wspieranie rozwoju budownictwa mieszkaniowego do banku BayernLB.
- (14) Pismem Niemiec z dnia 15 marca 2004 r. Komisja została poinformowana o zmianie statutu banku BayernLB w dniu 5 marca 2004 r., zgodnie z którą przeniesiony fundusz celowy, bez uszczerbku dla jego funkcji obowiązkowego kapitału własnego, nie może być już wykorzystywany na pokrycie działalności komercyjnej banku BayernLB. Na pozostałe zapytania Komisji z dnia 7 kwietnia, 27. kwietnia i 23. czerwca 2004 r. Niemcy odpowiedziały pismami z dnia 1 czerwca 2004 r. oraz 6 lipca 2004 r. Na ostatnie zapytanie Komisji z dnia 27 lipca 2004 r. Niemcy udzieliły odpowiedzi pismem z dnia 18 sierpnia 2004 r.
- (15) Dnia 19 lipca 2004 r. główny skarżący BdB, kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia oraz bank WestLB AG przekazały zawarte pomiędzy nimi tymczasowe porozumienie w sprawie odpowiedniego wynagrodzenia za przeniesiony majątek. Powyższe wynagrodzenie powinno stanowić, zdaniem stron porozumienia, podstawę decyzji Komisji. Ostateczna wersja porozumienia wpłynęła do Komisji dnia 13 października 2004 r. Także BdB, Wolny kraj związkowy Bawaria oraz bank BayernLB przekazały w dniu 10 września 2004 r. tymczasowe porozumienie o odpowiednim wynagrodzeniu za przeniesiony fundusz celowy. Następnie Komisja otrzymała liczne pisma od stron porozumienia oraz od Niemiec. Ostateczna wersja porozumienia dotyczącego przeniesienia funduszu celowego do banku BayernLB wpłynęła do Komisji dnia 24 września 2004 r. Odpowiednie porozumienia zawarto i przekazano Komisji także w pozostałych przypadkach przeniesienia funduszy na banki krajów związkowych, z wyjątkiem banku Helaba.

II. DOKŁADNY OPIS POMOCY

1. BAWARSKI BANK KRAJOWY – CENTRALA ŻYROWA (BAYERISCHE LANDESBANK – GIROZENTRALE)

- (16) Bawarski Bank Krajowy – Centrala Żyrowa (BayernLB) z siedzibą w Monachium jest jednym z największych banków w Niemczech, suma bilansowa koncernu wynosi 313 mld EUR (na dzień bilansowy 31 grudnia 2003 r). Powstał on w roku 1972 w wyniku połączenia Landesbodenkreditanstalt („LABO”) oraz Bayerische Gemeindebank (Girozentrale).⁽⁶⁾ Bank ten jest publicznoprawną instytucją kredytową o formie prawnej instytucji prawa publicznego. Właścicielem banku BayernLB jest pośrednio Wolny kraj związkowy Bawaria oraz Bawarski Związek Kas Oszczędnościowych i Żyrowych (Bayerischer Sparkassen- und Giroverband, zwany dalej Bawarskim Związkiem Kas Oszczędnościowych), każdy w 50 procentach. W 2002 r. udziałowcy uzgodnili przeniesienie swoich udziałów w banku BayernLB w zamian za akcje na BayernLB Holding AG, w którym Wolny kraj związkowy Bawaria oraz Związek Kas Oszczędnościowych również posiadają po 50 % udziałów. BayernLB Holding AG jest jedynym poręczycielem Bawarskiego Banku Krajowego, a sam nie jest instytucją kredytową.

⁽⁶⁾ Artykuł 1 Ustawy o utworzeniu Bawarskiego Banku Krajowego – Centrali Żyrowej.

⁽⁴⁾ Wyrok w połączonych sprawach T-228/99 oraz T-233/99, Zachodnioniemiecki Bank Krajowy/Centrala Żyrowa i Północna Nadrenia-Westfalia przeciwko Komisji, Zb. orzeczn. 2003, II-435.

⁽⁵⁾ Norddeutsche Landesbank: Dz.U. C 81 z 4.4.2003, str. 2; Bayerische Landesbank: Dz.U. C 81 z 4.4.2003, str. 13; Hamburgische Landesbank: Dz.U. C 81 z 4.4.2003, str. 24; Landesbank Hessen-Thüringen: Dz.U. C 73 z 26.3.2003, str. 3 oraz Landesbank Schleswig-Holstein: Dz.U. C 76 z 28.3.2003, str. 2.

- (17) Sprawozdanie z działalności z roku 2003 zawierało informacje o współczynniku kapitału podstawowego w wysokości 7,8 % oraz współczynniku środków własnych w wysokości 11,3 %. Rentowność kapitału własnego wyniosła w 2002 roku 4,3 %, a w 2003 roku 4,9 %, co oznacza znaczny spadek w porównaniu do lat wcześniejszych, w których rentowność kapitału własnego wynosiła jeszcze 15,5 % (2000 r.) oraz 18,7 % (1999 r.).
- (18) Bank BayernLB z racji posiadanej struktury własnościowej jest bankiem „domowym” Wolnego kraju związkowego Bawarii oraz centralną izbą rozrachunkową bawarskich kas oszczędnościowych. Ścisłe współdziałając z partnerami, przyczynia się on –wedle informacji własnych tego banku – do trwałego utrzymania i wzmocnienia pozycji gospodarczej Bawarii. Ponadto BayernLB działa również jako międzynarodowy bank obsługujący firmy (wholesale-bank) w zakresie bankowości inwestycyjnej i komercyjnej. Wedle informacji własnych banku jest on jeden z największych banków emitentów w Niemczech. Jego klientami docelowymi są państwo, gminy, kasy oszczędnościowe, międzynarodowe koncerny, firmy krajowe, klienci prywatni i firmowi działający na rynku nieruchomości, wreszcie klienci instytucjonalni i instytucje finansowe. Bank BayernLB prowadzi Bayerische Landesbodenkreditanstalt (dalej zwany „LABO”), który jest instrumentem państwowej polityki mieszkaniowej, oraz Bawarską Kasę Oszczędnościowo-Budowlaną (dalej zwaną „LBS”), które nie są prawnie niezależnymi jednostkami.
- (19) Koncern BayernLB, posiadający ponad 9.000 pracowników, jest obecny we wszystkich ważniejszych centrach finansowych świata. Bank BayernLB posiada własne oddziały, przedstawicielstwa oraz udziały w bankach na ważniejszych rynkach europejskich, włączając Europę Środkową i Wschodnią, Amerykę Północną oraz Azję, dzięki czemu oferuje swoim klientom szeroką paletę produktów bankowych. Po przeprowadzeniu działań mających na celu optymalizację sieci głównych oddziałów przeprowadzonych w 2003 r. bank BayernLB posiada dziś poza dwiema głównymi lokalizacjami w Bawarii oraz 15 dyrekcjami sprzedaży LBS-Bayern także cztery oddziały w Europie i dziewięć na świecie.
- (20) 84 bawarskie kasy oszczędnościowe (stan na dzień 31 grudnia 2003 r.), Towarzystwo Ubezpieczeniowe Bawaria (Versicherungskammer Bayern), Krajowa Kasa Oszczędnościowo-Budowlana (LBS) oraz Bawarski Bank Krajowy tworzą Bawarską Grupę Finansową Kas Oszczędnościowych (Sparkassen-Finanzgruppe Bayern). Grupa posiada w ofercie wszystkie usługi sektora finansowego zgodnie z „koncepcją pełnego finansowania”.

2. PRZENIESIENIE FUNDUSZY KREDYTOWYCH NA WSPIERANIE BUDOWNICTWA MIESZKANIOWEGO DO BANKU BAYERNLB

- (21) Aby wzmocnić konkurencyjność banku BayernLB na rynku wewnętrznym i międzynarodowym, Parlament Krajowy Wolnego kraju związkowego Bawarii uchwalił w dniu 23 lipca 1994 r. „Ustawę o utworzeniu funduszu celowego w wyniku przeniesienia należności powierniczych Wolnego kraju związkowego Bawarii do obowiązkowego kapitału własnego Bawarskiego Banku Krajowego Centrali Żyrowej (zwaną dalej ‘Ustawą o funduszu celowym’) (‘Gesetz über die Bildung eines Zweckvermögens durch Übertragung von Treuhandforderungen des Freistaates Bayern in das haftende

Eigenkapital der Bayerischen Landesbank Girozentrale – Zweckvermögensgesetz’) (7). Na podstawie art. 1 ust. 1 Ustawy o funduszu celowym rząd kraju związkowego został uprawniony do przeniesienia środków kraju związkowego zarządzanych przez LABO w latach 1957 – 1990 do banku BayernLB w celu utworzenia rezerwy specjalnej. Przeniesiony fundusz celowy powinien nadal służyć celom społecznego budownictwa mieszkaniowego.

- (22) Zgodnie z uzasadnieniem do ustawy podwyższenie kapitału własnego było konieczne, aby zagwarantować kontynuację działalności banku BayernLB (8). Zaniechanie wzmocnienia bazy kapitałowej nie wchodziło w rachubę, ponieważ w ten sposób trwale pogorszyłaby się trwale konkurencyjność banku BayernLB. Zgodnie z uzasadnieniem do ustawy przeniesienie dotychczasowych należności państwowych z tytułu kredytów budowlanych do banku BayernLB miało wzmocnić jego bazę kapitałową (9).
- (23) Pierwszą transzę otwartych należności z tytułu kredytów preferencyjnych w wysokości około 3 811 mln DEM przeniesiono do banku BayernLB z dniem 31 grudnia 1994 r. na mocy umowy o przeniesieniu z dnia 15 grudnia 1994 r. (10) Drugą transzę otwartych należności z tytułu kredytów preferencyjnych w wysokości 1 216 mln DEM przeniesiono do BayernLB z dniem 31 grudnia 1995 r. na mocy umowy o przeniesieniu z dnia 28 grudnia 1995 r. (11) Fundusz celowy przeniesiony do banku BayernLB wyniósł łącznie 5 027 mln DEM.

3. WYMOGI KAPITAŁOWE ZGODNIE Z DYREKTYWĄ W SPRAWIE FUNDUSZY WŁASNYCH ORAZ DYREKTYWĄ W SPRAWIE WSPÓŁCZYNNIKA WYPŁACALNOŚCI

- (24) Zgodnie z dyrektywą Rady 89/647/EWG w sprawie współczynnika wypłacalności instytucji kredytowych (12) (dalej zwaną ‘dyrektywą w sprawie współczynnika wypłacalności’) oraz dyrektywą Rady 89/299/EWG w sprawie funduszy własnych instytucji kredytowych (13) (dalej zwaną ‘dyrektywą w sprawie funduszy własnych’), na podstawie których znowelizowano prawo bankowe (Kreditwesengesetz, dalej zwane ‘KWG’), banki są zobowiązane posiadać kapitał obowiązkowy w wysokości 8 % aktywów skorygowanych o ryzyko. Z tego co najmniej 4 punkty procentowe winien stanowić tzw. kapitał podstawowy (kapitał ‘pierwszej kategorii’), którego składniki są do dyspozycji instytucji kredytowej bez ograniczeń oraz bezpośrednio na pokrycie ryzyk i strat w momencie ich wystąpienia. W świetle przepisów o nadzorze bankowym kapitał podstawowy ma decydujące znaczenie dla wysokości łącznych środków własnych banku, ponieważ na zabezpieczenie transakcji banku obciążonych ryzykiem można przeznaczyć tylko kapitał uzupełniający (kapitał ‘drugiej kategorii’) do wysokości kapitału podstawowego.

(8) Bawarski Parlament Krajowy, 12 kadencja dokument 12/15851 z 7 czerwca 1994 r.

(9) Bawarski Parlament Krajowy, 12 kadencja dokument 12/15851 z 7 czerwca 1994 r.

(10) Umowa o przeniesieniu zawarta między Wolnym krajem związkowym Bawarią oraz Bawarskim Bankiem Krajowym Centralą Żyrową z dnia 15 grudnia 1994.

(11) Umowa o przeniesieniu drugiej transzy zawarta między Wolnym krajem związkowym Bawarią i Bawarskim Bankiem Krajowym Centralą Żyrową z dnia 28 grudnia 1995 r., która w pełni odwołuje się do postanowień umowy o przeniesieniu z dnia 15 grudnia 1994 r.

(12) Dz.U. L 386 z 30.12.1989, uchylona i zastąpiona przez dyrektywę 2000/12/EG, Dz.U. L 126 z 26.5. 2000.

(13) Dz.U. L 124 z 5.5.1989, uchylona i zastąpiona przez dyrektywę 2000/12/EG, Dz.U. L 126 z 26.5. 2000.

(7) Bawarski Dziennik Ustaw i Rozporządzeń (Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt) nr 18/1994, str. 602.

- (25) Banki niemieckie były zobowiązane do dnia 30 czerwca 1993 r. dostosować wielkość kapitału obowiązkowego do wymogów dyrektywy w sprawie wskaźnika wypłacalności oraz dyrektywy w sprawie funduszy własnych⁽¹⁴⁾. Przed wdrożeniem dyrektywy w sprawie współczynnika wypłacalności do prawa niemieckiego wiele banków krajów związkowych było stosunkowo słabo wyposażonych w kapitał obowiązkowy. Instytucje kredytowe, których to dotyczyło, musiały w trybie pilnym zwiększyć bazę kapitałową, aby móc rozwijać działalność lub przynajmniej utrzymać zakres prowadzonych transakcji na dotychczasowym poziomie.
- (26) Z powodu napiętej sytuacji budżetowej udziałowcy publiczni nie byli w stanie wnieść nowego kapitału, nie chcieli również przeprowadzać prywatyzacji i sfinansować dodatkowego kapitału na rynkach kapitałowych. Dlatego zdecydowano się przeprowadzić transfer aktywów lub kapitału, i tak np. do banku WestLB wniesiono aktywa Instytucji Wspierającej Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego kraju związkowego Nadrenii Północnej-Westfalii ('Wfa'). W przypadku banku BayernLB fundusze kredytowe na wspieranie budownictwa mieszkaniowego wniesiono dopiero po tej dacie, służyły one zatem, niezależnie od wzmocnienia bazy kapitałowej, także utrzymaniu lub rozszerzeniu ogólnych możliwości transakcyjnych.

4. WPLYW TRANSFERU NA WIELKOŚĆ KAPITAŁU WŁASNEGO BANKU BAYERNLB

- (27) Zakres transakcji instytucji kredytowej zależy w znacznej mierze od wysokości kapitału własnego. Kapitał własny został w znacznym stopniu podwyższony wskutek transferu funduszy kredytowych na wspieranie budownictwa mieszkaniowego z LABO do banku BayernLB.
- (28) Jeszcze przed transferem do banku BayernLB dwie ekspertyzy spółki biegłych rewidentów [...] (*) z dnia 5 października 1994 r. oraz z dnia 30 kwietnia 1996 r. wyceniły fundusze kredytowe na wspieranie budownictwa mieszkaniowego, a otrzymaną w ten sposób wartość gotówkową należności z tytułu kredytu wniesiono w formie rezerwy jako kapitał własny BayernLB. Wartość gotówkowa pierwszej transzy wynosiła na dzień 31 grudnia 1994 r. 655 mln DEM, wartość gotówkowa drugiej transzy wynosiła na dzień 31 grudnia 1995 r. 542 mln DEM. Łącznie utworzono rezerwę celową w wysokości 1,197 mld DEM.
- (29) Pismem z dnia 8 maja 1996 r. Federalny Urząd Nadzoru Bankowości⁽¹⁵⁾ (Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen,

dalej zwany 'BAKred') poinformował, że rezerwę celową utworzoną przez BayernLB w wysokości 655 mln DEM uznaje za obowiązkowy kapitał własny w rozumieniu § 10 prawa bankowego (niem. KWG). Uznając całą rezerwę celową w wysokości 1,197 mld DEM za obowiązkowy kapitał podstawowy, pismem z dnia 20 grudnia 1996 r. BAKred określił obowiązkowy kapitał własny BayernLB – włącznie z kapitałem uzupełniającym na dzień 23 grudnia 1996 r. – na kwotę 14,6 mld DEM⁽¹⁶⁾. Udział kapitału podstawowego w obowiązkowym kapitale własnym wyniósł zatem łącznie 8,8 mld DEM.

- (30) Kapitał wniesiony w postaci rezerwy celowej wynosił 8 % już istniejących na dzień 31 grudnia 1995 r. obowiązkowych środków własnych w wysokości 14,6 mld DEM oraz około 13 % uznanego kapitału podstawowego w wysokości 8,8 mld DEM.
- (31) Zgodnie z dostępnymi informacjami środki można było rzeczywiście przeznaczyć na zabezpieczenie prowadzonej działalności od momentu uznania przez BAKred, tzn. 655 mln DEM od dnia 20 maja 1996 r. oraz 1,197 mld DEM od dnia 23 grudnia 1996 r.
- (32) Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy bank BayernLB tylko jeden raz w 1998 r i tylko na okres jednego miesiąca zabezpieczył rezerwę celową kwotę w wysokości 14 mln DEM.
- (33) Niemcy twierdziły ponadto, że wartość gotówkową rezerwy celowej w wysokości 1,197 mld DEM uznaną przez BAKred za środki własne należy rozumieć jedynie jako górną granicę, która może stanowić rezerwę na ryzykowne aktywa, a nie jako kwotę trwale i niezmiennie udostępnioną na zabezpieczenie działalności kredytowej. Wartość gotówkowa faktycznie ulegała zmianom spowodowanym głównie bieżącym wykorzystywaniem środków płynnych na udzielone kredyty, o których decydowała wyłącznie Bawaria zgodnie z § 1 ust. 3 umowy o przeniesieniu⁽¹⁷⁾, a także zmianom spowodowanym umorzeniami długu kredytowego dokonywanymi na podstawie określonych celów działań wspierających. I tak wartość gotówkowa funduszu celowego w roku 1998 była poniżej kwoty 1,197 mld DEM uznanej przez nadzór bankowy o [...] DEM oraz w roku 1999 o [...] EUR i musiała zostać wyrównana poprzez pozyskanie innych składników kapitałowych. Niemcy poinformowały, że tym samym kapitał ten w wysokości uznanej przez BAKred nie mógł być przez cały czas wykorzystany na zabezpieczenie ryzykownych aktywów.

⁽¹⁴⁾ Zgodnie z dyrektywą o wypłacalności instytucje kredytowe są zobowiązane posiadać środki własne w wysokości co najmniej 8 % aktywów skorygowanych o ryzyko, natomiast zgodnie ze wcześniej obowiązującymi niemieckimi przepisami wymagany był wskaźnik w wysokości 5,6 %, który opierał się na definicji funduszy własnych węższej niż definicja, która jest wiążąca od momentu wejścia w życie dyrektywy w sprawie funduszy własnych.

(*) informacje poufne

⁽¹⁵⁾ Obecnie Federalny Urząd Nadzoru Usług Finansowych ('BaFin')

⁽¹⁶⁾ Pismo BAKred z dnia 20 grudnia 1996 r.

⁽¹⁷⁾ Mogło to, zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi przez Niemcy, przy uwzględnieniu dłuższego średniego okresu niż pierwotnie przewidziano, doprowadzić do obniżenia wartości gotówkowej, a przy uwzględnieniu krótszego średniego okresu do wyższej wartości gotówkowej. Jeśli rzeczywista wartość gotówkowa uznanej przez BAKred i zbilansowanej kwoty w wysokości 1,197 mld DEM została przekroczona, wówczas różnica księgowana była jako rezerwa dla wyrównania ryzyk spowodowanych zmianą wartości gotówkowej.

(34) Rzeczywiste zmiany Niemcy przedstawiły w poniższej tabeli (tabela 1):

	1994	1995	1996	1997	1998	1998	1999	2000	2001	2002	2003
	tys. DEM	tys. DEM	tys. DEM	tys. DEM	tys. DEM ->	tys. EUR	tys. EUR	tys. EUR	tys. EUR	tys. EUR	tys. EUR
Wartość gotówkowa funduszu celowego	655 728	1 233 164	1 229 258	1 255 390	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Zmiana wartości gotówkowej funduszu celowego		577 436	- 3,906	26 132	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kapitał wykazany jako rezerwa celowa	655 000	1 197 000	1 197 000	1 197 000	1 197 000	612 016	612 016	612 016	612 016	612 016	612 016
Różnica wartość gotówkowa/wykazany kapitał	728	36 164	32 258	58 390	[...] ⁽¹⁾	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(¹) To, że zmniejszenie o [...] DEM spowodowało spadek poniżej kwoty 1,197 mld DEM uznanej na podstawie przepisów nadzoru bankowego za górną granicę tylko o [...] DEM, wynika z (przypadkowej) sytuacji, że wartość gotówkowa przekroczyła w roku 1997 tę górną granicę.

5. WYNAGRODZENIE ZA WNIESIONE ŚRODKI WŁASNE

(35) Zgodnie z § 4 ust. 1 umowy o przeniesieniu zawartej dnia 15 grudnia 1994 r. między Wolnym krajem związkowym Bawarią oraz bankiem BayernLB uzgodniono wynagrodzenie za środki udostępnione w wyniku przeniesienia, jednakże wyłącznie za część rzeczywiście wykorzystanej kwoty. Zgodnie z umową o przeniesieniu wynagrodzenie wynosiło 0,6 % części wniesionych środków rzeczywiście wykorzystanych na wsparcie działalności komercyjnej, obciążając wynik operacyjny działalności bankowej, przy czym płatność była wymagalna w momencie zatwierdzenia bilansu za dany rok obrotowy (¹⁸). Zgodnie z dostępnymi danymi i informacjami przekazanymi przez Niemcy, ustalając powyższą stopę wynagrodzenia, wzięto pod uwagę fakt, iż udostępniona rezerwa celowa nie miała płynności, w związku z czym rzeczywiste rozszerzenie działalności musiało być w pełni refinansowane poprzez pożyczkę środków płynnych.

(36) Zgodnie z danymi przekazanymi przez Niemcy wynagrodzenie za fundusz celowy zostało podatkowo zakwalifikowane do wypłaty z podzielonego zysku, nie mogło być zatem zaliczone w koszty działalności, w związku z czym wynagrodzenie było płacone z zysku po opodatkowaniu.

(37) Odnośnie do podstawy obliczenia wynagrodzenia Niemcy stwierdziły w trakcie postępowania, że w przypadku pełnego wykorzystania rezerwy celowej uzgodnione wynagrodzenie wynosiłoby 0,6 % rocznie (¹⁹), czyli około 7,2 mln DEM. Jak już wspomniano, według informacji przekazanych przez Niemcy bank BayernLB wykorzystał rezerwę celową tylko jeden raz w roku 1998 przez okres jednego miesiąca na kwotę w wysokości 14 mln DEM, za co zapłacono wynagrodzenie w wysokości 7 000 DEM.

(38) Zgodnie z § 6 ust. 2 umowy o przeniesieniu z dnia 15 grudnia 1994 r. w połączeniu z § 2 umowy

o przeniesieniu z dnia 28 grudnia 1995 r. bank BayernLB uściślił na rzecz Bawarii opłatę w wysokości 0,05 % za przejęcie gwarancji dotrzymania umowy (Ausfallbürgschaft) w odniesieniu do kredytów udzielonych w ramach funduszu celowego. Niemcy podały dokładne kwoty uiszczonych opłat.

III. POWODY WSZCZĘCIA PROCEDURY

(39) W decyzji o wszczęciu procedury z dnia 13 listopada 2002 r. Komisja stwierdziła, że przeniesienie funduszy kredytowych na wspieranie budownictwa mieszkaniowego Wolnego kraju związkowego Bawarii do banku BayernLB stanowiło prawdopodobnie pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE.

(40) Podstawą badania była zasada inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej. Zgodnie z nią środki wniesione przez państwo do przedsiębiorstwa państwowego nie stanowią pomocy państwa. Jedynie wtedy, gdy przedsiębiorstwu państwowemu zostaną udostępnione środki na warunkach, których nie otrzymałoby ono w normalnych warunkach rynkowych, mamy do czynienia z korzyścią wskutek transferu środków państwowych.

(41) W niniejszym przypadku Komisja uznała, że bank BayernLB odniósł korzyść gospodarczą z przeniesienia środków własnych, głównie w związku z podniesieniem jego zdolności do udzielania kredytów w ramach komercyjnej działalności kredytowej BayernLB podlegającej zasadom konkurencji (funkcja rozszerzenia działalności kapitału własnego). W normalnych warunkach rynkowych za wniesiony kapitał należy zapłacić wynagrodzenie w zależności od jego wartości przy uwzględnieniu jego funkcji oraz ponoszonego ryzyka. Odniesieniem przy ustalaniu rynkowego wynagrodzenia za wniesiony kapitał jest zgodnie z tym stopa procentowa długoterminowych, bezpiecznych papierów wartościowych (dziesięcioletnie

(¹⁸) § 4 ust. 3 umowy o przeniesieniu z dnia 15 grudnia 1994.

(¹⁹) § 4 ust. 1 umowy o przeniesieniu z dnia 15 grudnia 1994.

obligacje federalne), którą należy podwyższyć o marżę za ryzyko odzwierciedlającą zwiększone ryzyko środków własnych. Ponieważ Niemcy podały, że w momencie przeniesienia aktywów, czyli pod koniec 1994 r., stopa wynagrodzenia za długoterminową, bezpieczną lokatę majątkową wynosiła 7,9 % rocznie, Komisja wyraziła poważne wątpliwości, czy wynagrodzenie w wysokości 0,6 % rocznie za faktycznie wykorzystane środki własne, nawet pomijając konieczną marżę za ryzyko, można uznać za rynkowe.

(42) Komisja wyraziła także wątpliwość, czy inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej zaakceptowałby ograniczenie jego wynagrodzenia do części rzeczywiście wykorzystanych środków. Dalsze wątpliwości dotyczyły tego, czy w przypadku innych, podanych przez Niemcy składników wynagrodzenia mamy rzeczywiście do czynienia z wynagrodzeniem za funkcję rozszerzenia działalności przez obowiązkowy kapitał własny, składnikami tymi są między innymi opłata dla Bawarii za przejęcie gwarancji dotrzymania umowy (Ausfallbürgschaft) za należności z pożyczek w wysokości 0,05 % rocznie należności poręczonych i przeniesionych na rzecz Wolnego kraju związkowego Bawarii, ponadto odsetki zapłacone przez kredytobiorców, które nadal otrzymywała Bawaria oraz oprocentowanie krótkoterminowych depozytów. ⁽²⁰⁾

(43) Komisja przyznała jednak, że wynagrodzenie obliczane w normalnych warunkach rynkowych musiałyby uwzględniać brak płynności wniesionego kapitału. Zgodnie z art. 1 Ustawy o funduszu celowym pożyczki mieszkaniowe wykazane jako rezerwa celowa muszą być przeznaczone na cele socjalnego budownictwa mieszkaniowego, tak samo jak przed wniesieniem. Przeniesienie funduszu celowego nie przysporzyło płynności bankowi BayernLB. Nawet jeśli środki nieposiadające płynności umożliwiają bankowi rozszerzenie zakresu transakcji, należy uwzględnić, że bank może w pełni wykorzystać możliwość zwiększenia zakresu transakcji tylko wtedy, gdy wartość dodatkowo udzielonych kredytów w pełni refinansuje on na rynku kapitałowym. Tym samym kraj związkowy nie może oczekiwać dokładnie takiego samego zysku jak inwestor kapitału płynnego, w związku z czym odpowiednie obniżenie wynagrodzenia jest uzasadnione.

(44) Komisja nie mogła uznać, że wnosząc fundusze kredytowe na wspieranie budownictwa mieszkaniowego, Bawaria działała tak, aby zapewnić sobie należyty udział w zyskach wypłacanych przez bank lub we wzroście wartości banku. Przede wszystkim Wolny kraj związkowy Bawaria nie należał na zmianę stosunku udziałów na swoją korzyść, co przecież byłoby konieczne dla zapewnienia, że wypłaty dywidend i podwyższenia wartości korespondowały z wysokością wniesionego kapitału.

(45) Ponieważ żadne z odstępstw wymienione w art. 87 ust. 2 i 3 Traktatu WE oraz w art. 86 ust. 2 Traktatu WE nie znalazło zastosowania w omawianym przypadku, omawiana tutaj pomoc państwa nie wydawała się być zgodna ze wspólnym rynkiem.

IV. UWAGI NIEMIEC

(46) W uwagach odnośnie do decyzji o wszczęciu procedury Niemcy argumentowały z pozycji, że przeniesienia funduszu celowego do banku BayernLB, w przeciwieństwie do sprawy WestLB, nie można porównać z wniesieniem kapitału zakładowego, lecz z cichymi udziałami w rozumieniu § 10 ust. 4 KWG (prawo bankowe), czego nie dostrzegła Komisja.

(47) Decydującym argumentem, zdaniem Niemiec, było to, że do końca 1996 r., czyli do momentu uznania funduszu celowego przez nadzór bankowy, bawarskie kasy oszczędnościowe, ale także inwestorzy prywatni udostępniłi bankowi BayernLB kapitał podstawowy w postaci cichych udziałów o łącznej wartości prawie 1,3 mld DEM, z czego około 900 mln DEM wniosły bawarskie kasy oszczędnościowe. BAKred uznał te depozyty za kapitał podstawowy w rozumieniu § 10 ust. 4 KWG (prawo bankowe). Ciche udziały były zatem już w momencie transferu instrumentem zdobywania kapitału podstawowego stosowanym przez bank BayernLB.

(48) Ponadto fundusz celowy, także pod względem jego cech, można porównać z cichymi udziałami banku BayernLB. Jeśli chodzi o funkcję gospodarczą, np. stworzenie możliwości rozszerzenia działalności, obie formy kapitału są identyczne, ponieważ zostały uznane za kapitał podstawowy. Obie wzięły też pośrednio udział we wzroście wartości banku i nie dawały praw do dodatkowych głosów. Nie różnią się też pod względem ryzyka strat, ponieważ obie formy kapitału mogą zostać wykorzystane do wyrównywania strat. Jedyna różnica polega na tym, że fundusz celowy został udostępniony bezterminowo, a ciche udziały zasadniczo mają ograniczony czas trwania. Rezerwę celową niekoniecznie należy postrzegać za bezterminową, gdyż w każdym momencie można ją rozwiązać za porozumieniem stron. Ciche udziały nie zawsze mają ograniczony czas trwania, istnieją również bezterminowe. Porównanie obu rodzajów pokazuje ponadto, że na rynku ceny terminowych i bezterminowych cichych udziałów nie różnią się zasadniczo.

(49) Niemcy twierdzą także, że fundusz celowy nie jest w ten sam sposób narażony na ryzyko straty jak kapitał zakładowy. W przeciwieństwie do sytuacji banku WestLB, w którym przeniesione aktywa Wfa stanowiły prawie 50 % środków własnych banku, odpowiednia część wniesionych należności z tytułu funduszy kredytowych na wsparcie budownictwa mieszkaniowego wynosiła w momencie transferu jedynie 8 % środków własnych banku BayernLB. Ponadto bank BayernLB, w przeciwieństwie do WestLB, nie był zdany na kapitał podstawowy z funduszy na wsparcie budownictwa mieszkaniowego. Bank przez cały czas przynosił zyski i już przed transferem posiadał znaczne środki własne. Obejmowały one przede wszystkim ciche udziały wnoszone od roku 1991 przez bawarskie kasy oszczędnościowe oraz przedsiębiorstwa prywatne. Ponadto

⁽²⁰⁾ § 2 ust. 1 umowy o przeniesieniu z dnia 15 grudnia 1994 r.

kraj związkowy Bawaria oraz bank BayernLB uzgodniły, że fundusz celowy może zabezpieczać ryzykowne aktywa dopiero po wykorzystaniu wszystkich pozostałych składników kapitału.

- (50) Ryzyko ponoszone przez Bawarię wskutek przeniesienia funduszu celowego było mniejsze niż w przypadku inwestycji w kapitał zakładowy również z tego względu, że Bawarski Związek Kas Oszczędnościowych jako drugi udziałowiec – zgodnie z § 2 umowy zawartej między Wolnym krajem związkowym Bawarią a Bawarskim Związkiem Kas Oszczędnościowych w dniu 15 grudnia 1994 r. – był zobowiązany do ponoszenia połowy strat BayernLB, jeśli rezerwa celowa została już wykorzystana na ten cel lub przez wierzycieli banku BayernLB na pokrycie strat.

1. ODPOWIEDNIE WYNAGRODZENIE ZA FUNDUSZ CELOWY

- (51) Wychodząc z założenia, że udostępniony kapitał jest porównywalny z instrumentem kapitału podstawowego, jakim są ciche udziały, a nie z kapitałem zakładowym, Niemcy uznały, że wynagrodzenie za fundusz celowy jest odpowiednie i nie stawia banku BayernLB w uprzywilejowanej sytuacji, nie doszło więc do udzielenia pomocy przez państwo.
- (52) Zdaniem Niemiec uzgodnione wynagrodzenie składało się z prowizji gwarancyjnej zależnej od wykorzystania kapitału, która wynosiła 0,6 % rocznie wartości rezerwy celowej uznanej za kapitał podstawowy przez nadzór bankowy, a która obciążała wynik operacyjny działalności bankowej.
- (53) Ponadto należy uwzględnić opłatę za poręczenie w wysokości 0,05 % rocznie za sumę należności pożyczek, za którą poręcza Wolny kraj związkowy Bawaria, jako świadczenie zwrotne za przeniesienie funduszu celowego. Niemcy wywnioskowały powyższe z faktu, że przejęcie poręczenia było bezpośrednio związane z zamiarem zwiększenia kapitału własnego banku kraju związkowego. Zgodnie z uzasadnieniem do ustawy poręczenie było konieczne, aby zabezpieczyć przewidziane w ustawie podwyższenie kapitału własnego banku kraju związkowego i zapobiec zmniejszeniu zasobów funduszu celowego wskutek nieściągalności należności ⁽²¹⁾. Niemcy zwracają także uwagę, powołując się na ekspertyzy [...] z dnia 5 października 1994 r. oraz z dnia 30 kwietnia 1996 r., że tzw. stopę procentową kapitalizacji określono na poziomie 7,5 %, konieczną do obliczenia wartości gotówkowej

⁽²¹⁾ Patrz uzasadnienie do art. 3 'Ustawy o utworzeniu majątku celowego wskutek przeniesienia należności powierniczych Wolnego kraju związkowego Bawarii do obowiązkowego kapitału własnego Bawarskiego Banku Krajowego – Centrali Żyrowej z dnia 23 lipca 1994 r. (Bawarski Parlament Krajowy, dokument 12/1581)' regulującego gwarancje dotrzymania umowy.

Ponadto Niemcy uważają, że bez gwarancji majątek musiałby zgodnie z pierwszą zasadą prawa bankowego (KWG) być ważony w 100 % i zasadniczo zabezpieczony 8 % kapitału własnego. Należności z tytułu kredytów nie wypełniały szczególnych uprzywilejowanych założeń ważenia jako kredyty realne w rozumieniu KWG. Na tej podstawie należałoby zabezpieczyć przeniesioną wartość kredytów około 400 mln DEM środków własnych, co spowodowałoby obniżenie uznanej kwoty o około 400 mln DEM.

należności bez przejęcia gwarancji dotrzymania umowy (Ausfallbürgschaft) przez Wolny kraj związkowy Bawarię, należałoby podwyższyć o dodatkową marżę za ryzyko. Z tego powodu wartość gotówkowa byłaby niższa, a BAKred mógłby uznać tym samym także niższą kwotę.

- (54) W trakcie postępowania Niemcy wycofały się jednoznacznie z wcześniejszego stanowiska, iż także płatności z tytułu oprocentowania krótkoterminowych depozytów oraz spłaty i odsetki z pożyczek, które nadal otrzymywał Wolny kraj związkowy Bawaria, należy uznać za składniki wynagrodzenia.

- (55) W kwestii zgodności zapłaconego wynagrodzenia z zasadami rynkowymi Niemcy oświadczyły, że z powodu porównywalności z cichymi udziałami BayernLB należy uwzględnić stopę wynagrodzenia, które bank BayernLB płacił na rzecz cichych udziałowców w przedmiotowym okresie, zwykle ok. 7-8 % rocznie odnośnej wartości nominalnej.

- (56) Już tylko brak płynności musi prowadzić do znacznego obniżenia tej stawki wyjściowej. W niniejszym przypadku należy odliczyć nie tylko koszty refinansowania netto, jak w przypadku banku WestLB, lecz także koszty refinansowania brutto. Choćby z tego powodu, że kapitał wniesiony do BayernLB stanowił tylko 8 % środków własnych, a nie 50 % jak w banku WestLB, prywatny inwestor nie mógłby przefinansować potrącenia wyłącznie kosztów refinansowania netto.

2. BRAK ZMIANY STRUKTURY WŁASNOŚCIOWEJ I EFEKT WŁAŚCICIELA

- (57) W uwagach przedłożonych w odpowiedzi na decyzję o wszczęciu procedury przez Komisję Niemcy zwróciły ponadto uwagę na fakt, że przy założeniu, że w przypadku funduszu celowego mamy do czynienia jedynie z kapitałem porównywalnym z cichymi udziałami, zmiana stosunku udziałów w banku BayernLB na korzyść Wolnego kraju związkowego Bawarii nie była konieczna. Niezależnie od tego Związek Kas Oszczędnościowych w żadnym wypadku nie zgodziłby się na zmianę stosunku udziałów na jego niekorzyść, ponieważ w momencie wniesienia nie istniało zapotrzebowanie na dodatkowy kapitał, a nawet wcześniej sam Związek wniósł do banku 900 mln DEM w formie cichych udziałów ⁽²²⁾, przy czym Wolny kraj związkowy Bawaria nie dokonał porównywalnego wniesienia.

⁽²²⁾ Koniec roku 1995 – w momencie wniesienia drugiej transzy – był to już 1,1 mld DEM zgodnie z informacjami udostępnionymi Komisji.

(58) Niemcy podnoszą ponadto, że Wolny kraj związkowy Bawaria, będąc właścicielem połowy udziałów, mogło zakładać dużo wyższe zyski z kapitału własnego w porównaniu z innymi instytucjami kredytowymi. Wolny kraj związkowy nie zadowolili się zatem zyskiem ograniczonym lub wręcz brakiem zysku z kapitału. Fakt ten należy uwzględnić w trakcie przeprowadzania oceny inwestycji przez Komisję.

V. UWAGI GŁÓWNEGO SKARŻĄCEGO – FEDERALNEGO ZRZESZENIA NIEMIECKICH BANKÓW (BDB)

(59) Zdaniem BdB bank BayernLB nie zapłacił odpowiedniego wynagrodzenia za wniesiony kapitał podstawowy i otrzymał w związku z tym pomoc państwa.

(60) W swoich uwagach z dnia 29 lipca 2003 r. odnoszących się do procedury wszczętej w dniu 13 listopada 2002 r. w stosunku do odnośnych banków krajowych w Niemczech BdB wyraziło przekonanie, że odpowiednie wynagrodzenie należy obliczyć wg metodyki, którą Komisja przyjęła w decyzji dotyczącej WestLB z dnia 8 czerwca 1999 r.

(61) W związku z tym po pierwsze należy porównać udostępniony kapitał z innymi instrumentami kapitału własnego. Po drugie należy obliczyć minimalne wynagrodzenie, którego oczekiwałyby inwestor za konkretną inwestycję w kapitał własny banku kraju związkowego. Ostatecznie należy obliczyć zwwyżki i potrącenia w związku ze szczególnym charakterem przeniesień.

1. PORÓWNANIE Z INNYMI INSTRUMENTAMI KAPITAŁU WŁASNEGO

(62) W swoich uwagach BdB doszło ostatecznie do wniosku, iż wniesienie funduszy celowych na wsparcie budownictwa mieszkaniowego we wszystkich wymienionych procedurach dotyczących banków krajów związkowych oraz w przypadku BayernLB należy porównać z wniesieniem kapitału zakładowego.

(63) Prawie wszystkie banki krajów związkowych potrzebowały od roku 1992 nowego kapitału podstawowego po to, aby sprostać zastrzonym wymaganiom w związku z nową dyrektywą w sprawie współczynnika wypłacalności. Bez podniesienia kapitałów banki krajów związkowych musiałyby ograniczyć swoją działalność. Zdaniem BdB należy z tego wyciągnąć wniosek, że wniesiony kapitał można porównać tylko z takimi instrumentami kapitału własnego, które w roku wniesienia były uznawane i dostępne jako kapitał podstawowy (kapitał 'pierwszej kategorii'). Z tego powodu z porównania należy wyłączyć od początku akcje uprzywilejowane, które nie dają prawa głosu, papiery wartościowe uprawniające do udziału w zysku i tzw. perpetual preferred shares. Te trzy instrumenty kapitału własnego nie są w Niemczech uznawane za kapitał podstawowy, ale tylko za kapitał uzupełniający (kapitał 'drugiej kategorii'). Ponadto na początku lat 90-tych w Niemczech nie były jeszcze dostępne tzw. perpetual preferred shares.

(64) W czasie, kiedy nastąpiło wniesienie kapitału, za kapitał podstawowy uznawano w Niemczech tylko kapitał zakładowy oraz ciche udziały. Porównania z cichymi udziałami nie można zastosować w żadnym z wymienionych przypadków. Po pierwsze, w przeciwieństwie do udostępnionego kapitału zakładowego, ciche udziały mają wyłącznie ograniczony czas trwania lub można je wypowiedzieć, a po upływie ich czasu trwania muszą być zwrócone inwestorowi. Inwestor nie może oczekiwać, iż za cichy wkład otrzyma takie samo wynagrodzenie, jak za instrumenty kapitału własnego uznawane bezterminowo przez nadzór bankowy.

(65) Jeśli natomiast w niektórych przypadkach twierdzono, że wniesiony kapitał odpowiada w drugiej kolejności po kapitale zakładowym na podstawie uzgodnień między właścicielami banku kraju związkowego, nie oznacza to jeszcze obniżenia ryzyka dla inwestora. We wszystkich przypadkach wniesiony kapitał stanowi znaczną część łącznego kapitału podstawowego, częściowo nawet więcej niż 50 %. W ten sposób jest bardzo prawdopodobne, że wniesiony kapitał mógłby zostać wykorzystany przynajmniej częściowo w przypadku strat⁽²³⁾.

(66) Zróżnicowaną jakość cichych udziałów w porównaniu z kapitałem zakładowym potwierdził po trzecie także Komitet Bazylejski ds. Nadzoru Bankowego w definicji kapitału podstawowego na potrzeby nadzoru bankowego. Zgodnie z powyższym ciche udziały mogą być uznane przez nadzór bankowy tylko za kapitał uzupełniający. Ten składnik kapitału może stanowić tylko 15 % wymaganego wskaźnika kapitału podstawowego, tzn. przy wskaźniku kapitału podstawowego w wysokości 4 % kapitał nominalny oraz otwarte rezerwy (np. wniesione rezerwy celowe w bankach krajów związkowych) powinny stanowić 3,4 %. Ponadto podrzędne instrumenty kapitału własnego, np. akcje uprzywilejowane lub prawo do udziału w zyskach, są wykorzystywane przez banki tylko w ograniczonym zakresie. W wyniku presji ze strony agencji ratingowych nie przekroczyły one – inaczej niż w ocenianych tutaj przypadkach – prawie nigdy 10 % całości kapitału podstawowego banku. Ciche udziały nie mają zatem zastosowania do inwestycji o dużych wartościach inwestowanych tylko przez jednego inwestora.

2. MINIMALNE WYNAGRODZENIE ZA INWESTYCJĘ W KAPITAŁ ZAKŁADOWY BANKU BAYERNLB

(67) BdB twierdzi, że wszystkie metody obliczenia odpowiedniego wynagrodzenia (zysku z kapitału) za udostępniony kapitał własny należy oprzeć na zysku z bezpiecznej inwestycji, a następnie dodać premię za ryzyko. Metody te opierają się na następującej podstawowej zasadzie:

$$\begin{aligned} & \text{oczekiwany zysk z inwestycji obciążonej ryzykiem} \\ & = \text{zysk z bezpiecznej inwestycji} + \text{premia za ryzyko} \\ & \qquad \qquad \qquad \text{inwestycji} \end{aligned}$$

⁽²³⁾ Ponadto premię za ryzyko lub za poręczenie płaci się przede wszystkim ze względu na ryzyko utraty w przypadku niewypłacalności. Wówczas kapitał bezpowrotnie przepada. Przy bieżącej (częściowej) stracie, a więc poza sytuacją niewypłacalności, istnieje nadal szansa, iż kapitał własny zostanie ponownie uzupełniony dzięki zyskom.

- (68) Do obliczenia zysku z bezpiecznej inwestycji BdB uwzględnia zyski z długoterminowych obligacji państwowych, ponieważ inwestycje w papiery wartościowe o stałym oprocentowaniu emitowane przez państwo są obciążone najniższym ryzykiem lub nie są obciążone żadnym ryzykiem⁽²⁴⁾.
- (69) W celu obliczenia premii za ryzyko BdB oblicza najpierw tzw. premię za ryzyko rynkowe, tzn. różnicę między średnim zyskiem z długoterminowej inwestycji w akcje a zyskiem z długoterminowej inwestycji w obligacje państwowe. W uwagach z dnia 29 lipca 2003 r. BdB przyjmuje dla niemieckiego rynku akcji jednolitą premię za długoterminowe ryzyko rynkowe w wysokości 4,6 %, opierając się na analizie Stehle/Hartmond z roku 1991.
- (70) Następnie BdB określa wartość beta banków krajów związkowych, tzn. indywidualną premię za ryzyko banków, która służy do dopasowania ogólnej premii za ryzyko rynkowe. BdB oblicza przy tym wartości beta na podstawie własnych danych statystycznych, co oznacza, że wartości beta wyliczane są na podstawie próbki losowej danych historycznych. BdB otrzymało wynik, zgodnie z którym wszystkie wartości beta dla wszystkich banków krajów związkowych we wszystkich okresach są większe niż jeden⁽²⁵⁾.
- (71) Zakładając podstawową stopę procentową bezpiecznych papierów wartościowych w wysokości 8,37 % (za pierwszą transzę) i 6,57 % (za drugą transzę) oraz współczynnik beta dla banku BayernLB w wysokości 1,0803 (w momencie wniesienia pierwszej transzy) i 1,0739 (w momencie wniesienia drugiej transzy), BdB obliczyło oczekiwane minimalne wynagrodzenie za inwestycję w kapitał zakładowy BayernLB w momencie przeniesienia należności z tytułu kredytów budowlanych w wysokości 13,34 % rocznie na dzień 31 grudnia 1994 r. i w wysokości 12,87 % rocznie na dzień 31 grudnia 1995 r.

3. DOPLATY I POTRĄCENIA ZWIĄZANE ZE SZCZEGÓLNYM CHARAKTEREM TRANSAKCJI

- (72) BdB stwierdza, że Sąd Pierwszej Instancji potwierdził stopę, którą Komisja w decyzji WestLB odjęła od minimalnego wynagrodzenia w związku z brakiem płynności aktywów Wfa. Tym samym nie ma powodu, aby w omawianym przypadku rezygnować z tej metody; także tutaj konieczne jest potrącenie w związku z brakiem płynności. Wysokość potrącenia za brak płynności, zgodnie z metodyką w przypadku WestLB, wynika z kosztów refinansowania netto

⁽²⁴⁾ Aby wykluczyć efekty inflacyjne, dla każdego okresu wniesienia należy obliczyć stopę zysku dla długoterminowych obligacji państwowych najpierw bez uwzględnienia prognoz inflacyjnych. W celu obliczenia podstawowej stopy długoterminowych, bezpiecznych papierów wartościowych, do 'realnej stopy podstawowej' w przedmiotowym momencie dodano prognozowaną średnią, długoterminową stopę inflacyjną w wysokości 3,60 %.

⁽²⁵⁾ BdB załącza dla porównania również teoretyczne wartości beta zgodnie z modelem wyceny aktywów kapitałowych (CAPM), które, jak stwierdza BdB, w niewielkim stopniu różnią się od ustalonych empirycznie.

(koszty refinansowania brutto minus odpowiedni podatek płacony przez przedsiębiorstwa).

- (73) Zdaniem BdB w przypadku BayernLB należy zastosować taką samą marżę jak w przypadku banku WestLB (1,5 %), którą potwierdził Sąd Pierwszej Instancji. Zdaniem BdB trzy aspekty mają wpływ na przeniesienie aktywów i zwiększają ryzyko w porównaniu z 'normalną inwestycją w kapitał zakładowy': częściowo znaczna wartość transferowanych aktywów, brak emisji nowych udziałów w spółce i związana z tym rezygnacja z dodatkowych głosów, a także brak zamierności inwestycji, tzn. niemożność wycofania zainwestowanego kapitału z przedsiębiorstwa w wybranym przez inwestora momencie.

4. BAZA KAPITAŁOWA I SKŁADNIKI WYNAGRODZENIA

- (74) Wreszcie BdB podkreśliło, że obliczając odpowiednie wynagrodzenie w przypadku banku BayernLB, należy uwzględnić całą kwotę uznaną za kapitał podstawowy, a nie tylko jego rzeczywiście wykorzystaną część. Uzasadniało to argumentem, że inwestor działający na zasadach rynkowych nie zaakceptowałby zmniejszenia wynagrodzenia do rzeczywiście wykorzystanej kwoty. Dla inwestora, który ponosi ryzyko swojej inwestycji, jest bez znaczenia, czy instytucja kredytowa rzeczywiście wykorzystuje wniesiony kapitał do rozszerzenia działalności. Dla niego liczy się wyłącznie to, że nie może sam inwestować wniesionej kwoty i uzyskiwać z niej odpowiedniego zysku.
- (75) Zdaniem BdB wspomnianej przez Niemcy opłaty za poręczenie nie można uznać za składnik wynagrodzenia. Wynika to przede wszystkim z faktu, że wniesienie majątku funduszu celowego nastąpiło od razu według wartości gotówkowej (1,197 mld DEM), a nie wartości nominalnej (5,027 mld DEM). Obliczając wartość gotówkową, uwzględniono ryzyko związane z nieściągalnością należności z tytułu pożyczek, a dodatkowe wynagrodzenie za przejście gwarancji dotrzymania umowy nie jest uzasadnione.

- (76) Ponadto, zgodnie z metodyką przyjętą w przypadku banku WestLB, należy zapłacić prowizję gwarancyjną w wysokości 0,3 % rocznie za okres między wniesieniem kapitału a uznaniem go za kapitał podstawowy. Wynika to z faktu, że do tego momentu wniesiony kapitał posiadał co najmniej funkcję gwarancyjną. Powyższe dotyczy okresu do 8 maja 1996 r. dla łącznej kwoty w wysokości 1,197 mld oraz okresu między 8. maja i 23. grudnia 1996 r. dla kwoty w wysokości 542 mln DEM.

VI. REAKCJA NIEMIEC NA UWAGI BdB

- (77) W uwagach odnośnie do argumentów BdB Niemcy zwróciły uwagę na fakt, że inwestycja w kapitał zakładowy spółki akcyjnej nie gwarantuje dywidendy, czy też podwyższenia kursu lub wartości, i że inwestor ponosi odpowiednie ryzyko związane z oczekiwanym zyskiem. Jeżeli zostanie uzgodnione stałe wynagrodzenie, jak w przypadku banku BayernLB, nie ma ryzyka związanego z prognozami dotyczącymi przyszłości, ale tym samym zysk z kapitału jest niższy. Pokazuje to, że jeżeli bank BayernLB gwarantuje w umowie Wolnemu krajowi związkowemu Bawarii w momencie wniesienia funduszu celowego jedynie oczekiwany zysk z kapitału, i w ten sposób stawia inwestora funduszu celowego w lepszej sytuacji niż inwestora akcyjnego, nie odpowiada to zasadom rynkowym. Sposób postępowania obrany przez BdB stanowi pewien problem już z tego względu, że w przypadku inwestycji w akcje inwestor uzyska wzrost wartości tylko w wyniku sprzedaży swoich udziałów, nie obciążając w ten sposób spółki. Inwestor prywatny nie zdołałby doprowadzić do sytuacji, w której przedsiębiorstwo, w które inwestuje, wypłaci mu ze swego majątku ekwiwalent wzrostu wartości, który inwestor w przypadku inwestycji w kapitał zakładowy osiągnąłby wyłącznie dzięki sprzedaży na rzecz osób trzecich.
- (78) Metoda CAPM także nie nadaje się do obliczenia rynkowego zysku z kapitału. Założone w metodzie CAPM ryzyko wahań rynkowych nie miało miejsca, gdyż banki krajów związkowych nie były notowane na giełdzie. Z tego samego względu brak też historycznych danych dla współczynników beta.
- (79) Niezależnie od tego Niemcy są zdania, że BdB popełniło kilka błędów przy obliczaniu poszczególnych składników CAPM. Uwzględnienie długoterminowych oczekiwań inflacyjnych nie było prawidłowe przy obliczaniu podstawowej stopy oprocentowania bezpiecznych papierów wartościowych. Miarodajne są wyłącznie odsetki, które można rzeczywiście uzyskać na rynku. W Niemczech w momencie transferu funduszu celowego do BayernLB było to wyłącznie 7,5 % lub 6,10 % rocznie. Zawierały one już aktualne oczekiwania inflacyjne.
- (80) Założona przez BdB premia za ryzyko rynkowe w wysokości 4,6 % jest niewspółmiernie wysoka. Niemcy zwróciły między innymi uwagę na to, iż ekspertyza Stehle/Hartmond z roku 1991 dotycząca zmian zysku z kapitału na niemieckim rynku akcyjnym, na którą powoływało się BdB, nie zawierała informacji o premii za ryzyko rynkowe na niemieckim rynku kapitałowym. Ponadto istnieje wiele różnych metod obliczania premii rynkowej, które prowadzą do bardzo różnych wyników. Niemcy twierdziły na podstawie własnych obliczeń, że w okresie ostatnich 30 lat nawet w przybliżeniu nie uzyskano premii za ryzyko rynkowe w wysokości 4,6 %.
- (81) Przy obliczaniu wartości beta nie można traktować banków krajów związkowych jak tzw. banków kredytowych,

których zresztą BdB jasno nie zdefiniowało. Należy odnieść się do jasno zdefiniowanej grupy banków notowanych na giełdzie, tzw. banków CDAX. Dla tej grupy na podstawie danych miesięcznych z pięciu lat otrzymuje się wartość beta w wysokości 0,85 na dzień 31 grudnia 1994 r. i w wysokości 0,80 na dzień 31 grudnia 1995 r., zgodnie z dołączonymi obliczeniami bazy danych 'datastream', w której do obliczenia współczynnika beta przyjmuje się odpowiednio tylko okres pięcioletni. Okres od roku 1974 brany pod uwagę przez BdB w celu obliczenia współczynnika beta jest zbyt długi, gdyż zarówno otoczenie rynku kapitałowego, jak i sektor bankowy uległy znacznym zmianom na początku lat dziewięćdziesiątych.

- (82) W ten sposób można stwierdzić, iż wszystkie współczynniki wykorzystywane w metodzie CAPM zostały obliczone w błędny sposób, a minimalne rynkowe zyski z kapitału dla kwestionowanych transakcji oszacowano zbyt wysoko.

VII. UWAGI KRAJU ZWIĄZKOWEGO NADRENIA PÓLNO-CNA-WESTFALIA I BANKU WESTLB

- (83) W uwagach rządu federalnego przekazanych dnia 30 października 2003 r. odnośnie do decyzji Komisji z dnia 13 listopada 2002 r. o wszczęciu procedury kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia i bank WestLB zakwestionowały porównanie aktywów wniesionych do banków krajowych z kapitałem zakładowym. Tym bardziej, że ciche udziały oraz obligacje bezterminowe (perpetuals) uznano w Niemczech za kapitał podstawowy już w 1991 r. Ponadto wynagrodzenie nie zależy od przepisów o nadzorze bankowym, ale od profilu ryzyka danej inwestycji. Ponieważ wniesione aktywa służyły do pokrycia strat w drugiej kolejności, strukturę ryzyka można porównać raczej z cichymi udziałami lub z obligacjami bezterminowymi niż z inwestycjami w kapitał zakładowy.
- (84) Z punktu widzenia przypadku WestLB nie można nic zarzucić metodzie CAPM zastosowanej do obliczenia minimalnego wynagrodzenia za inwestycję w kapitał zakładowy. Jednak wartości beta wyliczone przez BdB – znacznie wyższe niż 1 – są niewłaściwe. Współczynnik beta większy niż 1 oznacza, że akcje przedsiębiorstwa wiążą się z wyższym ryzykiem niż średnia całego rynku. Jednak w związku z istniejącymi wtedy odpowiedzialnością instytucji (Anstaltslast) i odpowiedzialnością gwaranta (Gewährträgerhaftung) ryzyko inwestycji w bank kraju związkowego było wyraźnie niższe niż ogólne ryzyko rynkowe.
- (85) Ponadto w tym specjalnym przypadku banków krajów związkowych nie należy koncentrować się na zysku z kapitału w momencie wniesienia aktywów do banków krajów związkowych. Wprawdzie prywatni inwestorzy stosują ten parametr do badania opłacalności inwestycji. W tym przypadku oznaczałoby to, że należy oprzeć się na zysku z kapitału oczekiwanym w roku 1991. Jest to jednak sprzeczne z zasadami ekonomii, aby w 2003 r. inwestor

otrzymał zysk z kapitału w wysokości za rok 1991, który przekraczałby znacznie rzeczywiście otrzymany zysk z kapitału. Schematycznie i stale stosowana stopa zysku w wysokości ok. 12 % jest przyczyną niesprawiedliwego, gorszego traktowania banków krajów związkowych w porównaniu z ich prywatnymi konkurentami.

- (86) Odnośnie do potrącenia za brak płynności wnoszonych aktywów bank WestLB i kraj związkowy Północna Nadrenia-Westfalia są zdania, że od podstawowej stopy zysku z kapitału należy odjąć w całości stopę bezpiecznych obligacji państwowych. Wniesienie aktywów do banków krajów związkowych nie wiązało się dla nich z uzyskaniem większej płynności. Pomniejszenie tej stawki o zaoszczędzony podatek nie ma ekonomicznego uzasadnienia, ponieważ ceny instrumentów rynku kapitałowego nie zależą od aktualnie obowiązujących podatków. Gdyby tak było, ceny instrumentów rynku kapitałowego zmieniałyby się w zależności od zmian podatków.
- (87) Wreszcie ryzyko, i co za tym idzie wynagrodzenie, należy pomniejszyć, ponieważ aktywa nie posiadają płynności, a więc nie są również obciążone ryzykiem jej utraty. W związku z tym należy uwzględnić odpowiednie potrącenie. Potrącenie konieczne jest jeszcze ze względu na tzw. efekt właściciela, ponieważ inwestor posiadający już udziały w przedsiębiorstwie inaczej ocenia dodatkową inwestycję niż nowy inwestor.

VIII. POROZUMIENIE MIĘDZY BDB, WOLNYM KRAJEM ZWIĄZKOWYM BAWARIĄ ORAZ BANKIEM BAYERNLB

- (88) W dniu 24 września 2004 r. przekazano Komisji porozumienie zawarte między głównym skarżącym BdB, Wolnym krajem związkowym Bawarią oraz bankiem BayernLB dotyczące postępowania w sprawie pomocy państwa na rzecz banku BayernLB. Niezależnie od podtrzymywanych przez strony poglądów na sytuację prawną, uzgodniły one, co uznają za właściwe parametry pozwalające na określenie odpowiedniego wynagrodzenia oraz za odpowiednie wynagrodzenie za hipotetyczną inwestycję w kapitał zakładowy banku BayernLB. Strony zwróciły się do Komisji z prośbą o uwzględnienie wyników porozumienia przy podejmowaniu decyzji.
- (89) Strony określiły najpierw na podstawie metody CAPM oczekiwane minimalne wynagrodzenie za hipotetyczną inwestycję w kapitał zakładowy BayernLB. Według uzgodnienia powinno ono wynosić 9,87 % rocznie za pierwszą transzę funduszu celowego oraz 8,0 % rocznie za drugą transzę.
- (90) Przy obliczeniu minimalnego wynagrodzenia uwzględniono stopy procentowe długoterminowych, bezpiecznych papierów wartościowych obliczone przez banki krajowe przy zastosowaniu REX10 performance index niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG) oraz współczynniki beta wyliczone na podstawie zleconej przez banki krajowe ekspertyzy [...] z dnia 26 maja 2004 r. BayernLB uzyskał podstawową stopę procentową bezpiecznych papierów wartościowych w wysokości 7,5 % w momencie wniesienia dnia 31 grudnia 1994 r. oraz 6,1 % na dzień 31 grudnia 1995 r. Za współczynnik beta przyjęto na podstawie

stanowiska [...] wartość 0,593 (31 grudnia 1994 r.) oraz 0,475 (31 grudnia 1995 r.). Rynkowa premia za ryzyko została ustalona jednolicie dla wszystkich banków krajów związkowych w wysokości 4 %.

- (91) Wyjściowa stopa procentowa w wysokości 9,87 % (31 grudnia 1994 r.) została obliczona w następujący sposób: stopa procentowa bezpiecznych papierów wartościowych 7,5 % + (ogólna premia za ryzyko rynkowe 4,0 % x współczynnik beta 0,593).
- (92) Wyjściowa stopa procentowa w wysokości 8,00 % (31 grudnia 1995 r.) została obliczona w następujący sposób: stopa procentowa bezpiecznych papierów wartościowych 6,1 % + (ogólna premia za ryzyko rynkowe 4,0 % x współczynnik beta 0,475).
- (93) W ten sposób obliczono potrącenie za brak płynności aktywów funduszu celowego. Ryczałtowo założono wymienioną stopę procentową bezpiecznych papierów wartościowych w wysokości 7,5 % oraz koszty refinansowania brutto w wysokości 6,1 %. Do obliczenia miarodajnych kosztów refinansowania netto zryczałtowano rzeczywiste obciążenie podatkowe BayernLB w odniesieniu do dat dokonania obydwu wniesień w wysokości 50 %, co daje potrącenie w wysokości 3,75 % (31 grudnia 1994 r.) oraz 3,05 % (31 grudnia 1995 r.).
- (94) Ostatecznie wynagrodzenie zostaje jeszcze zwiększone o 0,3 % z powodu braku emisji praw głosu.
- (95) Ustalone łączne odpowiednie wynagrodzenie za majątek funduszu wynosi 6,42 % (pierwsza transza) lub 5,25 % (druga transza) po opodatkowaniu za całość kwoty uznanej przez BAKred, płatne każdorazowo od końca miesiąca uznania za kapitał podstawowy przez BAKred (za kwotę w wysokości 655 mln DEM od dnia 31 maja 1996 r. i za całą kwotę w wysokości 1,197 mld DEM od dnia 31 grudnia 1996 r.). Za lata 1998 i 1999, w których wartość gotówkowa kwoty uznanej przez BAKred nie została faktycznie osiągnięta z powodu wahań, należy za podstawę obliczenia wynagrodzenia przyjąć jedynie zmniejszoną wartość gotówkową.
- (96) Zgodnie z porozumieniem wysokość pomocy stanowi różnicę między wynagrodzeniem rzeczywiście zapłaconym przez BayernLB w wysokości 0,6 % rocznie za część funduszu celowego wykorzystaną na zabezpieczenie ryzykownych aktywów a wynagrodzeniem ustalonym jako odpowiednie w wysokości 6,42 %, (pierwsza transza) oraz 5,25 % (druga transza), którą bank BayernLB powinien zwrócić.
- (97) Strony nie doszły do porozumienia, czy należy odjąć prowizję za poręczenie przejęte przez Wolny kraj związkowy Bawarię zapłaconą przez BayernLB w wysokości 0,05 % wartości nominalnej funduszu celowego, i uznać ją za kolejny zapłacony składnik wynagrodzenia.
- (98) Porozumienie nie zawiera wprawdzie stanowiska odnośnie do prowizji gwarancyjnej, którą należy zapłacić za okres między wniesieniem kapitału do banku a uznaniem

kapitału przez BAKred. Jednakże strony założyły w tabeli dołączonej do porozumienia, w której obliczono wysokość pomocy, prowizję gwarancyjną za obie transze w wysokości 0,15 % rocznie po opodatkowaniu za ten okres.

IX. OCENA ŚRODKÓW

1. POMOC PAŃSTWA W ZNACZENIU ART. 87 UST. 1 TRAKTATU WE

(99) Zgodnie z art. 87 ust. 1 Traktatu WE, z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w Traktacie, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna ze wspólnym rynkiem w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.

1.1. ZASOBY PAŃSTWOWE

(100) Wnosząc cichy udział, Wolny kraj związkowy Bawaria wybrał taki sposób wniesienia środków, którego zasadnicza koncepcja polegała na tym, aby przenieść publiczne należności z tytułu kredytów budowlanych na bank BayernLB w celu zwiększenia jego bazy kapitałowej⁽²⁶⁾. Niezależnie od tego, że otrzymane należności ponownie przekazywano na cele budownictwa mieszkaniowego i tym samym służyły dobru ogólnemu, środki te zostały uznane przez nadzór bankowy i mogły pełnić funkcję kapitału obowiązkowego banku BayernLB konkurującego z innymi instytucjami kredytowymi. Wolny kraj związkowy Bawaria został uprawniony na mocy ustawy uchwalonej przez Parlament Krajowy do zawarcia umowy o przeniesieniu funduszu kredytowego na wspieranie budownictwa mieszkaniowego na bank BayernLB. Bank BayernLB otrzymał w związku z tym zasoby państwowe.

1.2. SPRZYJANIE OKREŚLONEMU PRZEDSIĘBIORSTWU

(101) Badając, czy udostępnienie zasobów państwowych przedsiębiorstwu publicznemu oznacza sprzyjanie mu i stanowi tym samym pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE, Komisja stosuje zasadę 'inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej'. Trybunał Sprawiedliwości oraz Sąd Pierwszej Instancji zaakceptował i rozwinął tę zasadę w szeregu spraw, a w szczególności w wyroku Sądu Pierwszej Instancji z dnia 6 marca 2003 r. w sprawie WestLB, który ma znaczenie dla omawianego przypadku⁽²⁷⁾.

a) **Zasada inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej**

(102) Zgodnie z tą zasadą nie stanowi sprzyjania określonemu przedsiębiorstwu udostępnienie zasobów kapitałowych na warunkach, 'na których inwestor prywatny, działający

zgodnie z normalnymi zasadami gospodarki rynkowej, byłby skłonny udostępnić te środki przedsiębiorstwu prywatnemu'⁽²⁸⁾. W przeciwieństwie do tego, z tego rodzaju sprzyjaniem w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE mamy do czynienia, jeżeli uzgodnione wynagrodzenie i/lub stan finansów przedsiębiorstwa nie pozwalają oczekiwać normalnego zysku z kapitału w odpowiednim terminie⁽²⁹⁾.

(103) Zasada inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej w takim samym stopniu dotyczy wszystkich przedsiębiorstw publicznych, i to niezależnie od tego, czy przynoszą one zyski, czy straty. To stanowisko Komisji potwierdził Sąd Pierwszej Instancji w wyroku dotyczącym WestLB⁽³⁰⁾.

(104) Komisja ocenia dany przypadek na podstawie danych, do których inwestor miał dostęp w momencie podejmowania decyzji o kwestionowanym działaniu finansowym. Właściwe władze publiczne zdecydowały o przeniesieniu środków funduszu celowego w latach 1994 i 1995. Komisja winna zatem ocenić transakcję na podstawie wówczas dostępnych danych oraz istniejącej sytuacji gospodarczej i rynkowej. Informacje przytoczone w decyzji, dotyczące późniejszych lat uwzględniono tylko w celu określenia skutków transferu dla sytuacji banku BayernLB, a nie w celu późniejszego uzasadnienia transakcji lub jej zakwestionowania.

(105) Z zastosowaniem zasady inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej, na podstawie której należy sprawdzić, czy oczekiwany lub uzgodniony zysk z wniesionych środków jest niższy od wynagrodzenia za podobne inwestycje na rynku, nie kłóci się fakt, że Wolny kraj związkowy Bawaria był już właścicielem połowy udziałów tej instytucji kredytowej. Niemcy zauważają w tym kontekście, że niniejszej inwestycji Wolnego kraju związkowego Bawarii nie da się porównać z dowolną inwestycją osób trzecich, którym zależy przede wszystkim na uzyskaniu możliwie najkorzystniejszego oprocentowania wniesionego przez nie kapitału. Wolnemu krajowi związkowemu Bawarii jako właścicielowi połowy udziałów zależało przede wszystkim na tym, aby utrzymać długoterminową konkurencyjność banku państwowego i swojego banku domowego, i aby wskutek wniesienia nowych, dodatkowych środków zagwarantować zdolność 'swojego' banku do obsługi klientów także w przyszłości. Oprócz tego decyzja o inwestycji została także podjęta z uwagi na wizerunek banku. Także prywatny udziałowiec, na przykład prywatny holding lub grupa przedsiębiorstw, zdecydowałaby się w takiej sytuacji na wniesienie kapitału

⁽²⁸⁾ Komunikat Komisji do Państw Członkowskich: Stosowanie art. 92 i 93 Traktatu WE oraz art. 5 dyrektywy Komisji 80/723/EWG w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między Państwami Członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, Dz.U. C 307 z 13.11.1993, str. 3, patrz nr 11. W niniejszym komunikacie chodzi wprawdzie wyraźnie o przemysł przetwórczy, jednakże zasada ma zastosowanie niewątpliwie także do wszystkich pozostałych branż gospodarczych. Jeśli chodzi o usługi finansowe, Komisja podkreśliła powyższe kilkoma decyzjami, m. in. w sprawie Crédit Lyonnais (Dz. U. L 221 z 8.8.1998, str. 28) i GAN (Dz.U. L 78 z 16.3.1998, str. 1).

⁽²⁹⁾ Udziały sektora publicznego w kapitale przedsiębiorstw – stanowisko Komisji, Biuletyn WE 9-1984, str. 93 i nast.

⁽³⁰⁾ Wyrok z dnia 6 marca 2003 r. w sprawach połączonych T-228/99 i T-233/99, Zachodniemiecki Bank Krajowy Centrala Żyrowa i Północna Nadrenia-Westfalia przeciw Komisji, Zb. Orz. 2003, II-435, nr 206 i nast.

⁽²⁶⁾ Bawarski Parlament Krajowy, 12 kadencja, dokument 12/15851 z dnia 7 czerwca 1994 r.

⁽²⁷⁾ Wyrok w sprawach połączonych T-228/99 i T-233/99, Zachodniemiecki Bank Krajowy Centrala Żyrowa i Północna Nadrenia-Westfalia przeciw Komisji, Zb. Orz. 2003, II-435.

do banku i w pierwszej linii nie brałby pod uwagę wyłącznie optymalizacji zysku.

- (106) Komisja nie może jednakże zgodzić się z argumentami Niemiec. Inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej weźmie pod uwagę możliwości inwestycyjne poza przedsiębiorstwem, także jeżeli już posiada udziały w danym przedsiębiorstwie. Podejmie on decyzję o inwestycji dalszych środków w przedsiębiorstwo publiczne z reguły tylko wówczas, jeśli może oczekiwać odpowiedniego zysku z zainwestowanych dodatkowych środków. Długoterminowe prognozy zysku udziałowca lub jedynie взгляд na wizerunek zasadniczo nie mogą być brane pod uwagę przy rozstrzyganiu kwestii, czy dane wniesienie kapitału stanowi pomoc państwa. Natomiast wniesienie kapitału przez udziałowca – niezależnie od tego, z jakich powodów do niego dochodzi – należy ocenić ze względu na to, czy inwestor może liczyć na zwykły zysk z kapitału w odpowiednim okresie.
- (107) Powyższa interpretacja zasady inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej, którą Komisja zastosowała już w decyzji dotyczącej WestLB z roku 1999 (pkt. 161 i nast.), nie została zakwestionowana przez Trybunał Sprawiedliwości. Trybunał wziął pod uwagę, że prywatnemu inwestorowi, który posiada już udziały w przedsiębiorstwie, nie wystarczyłby fakt, że dana inwestycja nie przynosi strat lub też przynosi tylko ograniczone zyski. Raczej brałby on zawsze pod uwagę odpowiedni zysk z inwestycji w zależności od okoliczności oraz od swoich krótko-, średnio- i długoterminowych interesów⁽³¹⁾.
- (108) Z punktu widzenia 'zasady inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej' pojawia się główne pytanie, czy inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej udostępniłby kapitał charakteryzujący się takimi samymi cechami jak fundusz celowy Wolnego kraju związkowego Bawarii na takich samych zasadach, szczególnie w odniesieniu do prawdopodobnego zysku z inwestycji.

b) **Artykuł 295 Traktatu WE**

- (109) Zgodnie z art. 295 Traktatu WE zasady prawa własności obowiązujące w poszczególnych Państwach Członkowskich pozostają bez zmian. Nie usprawiedliwia to jednakże naruszania reguł konkurencji określonych w Traktacie.
- (110) Niemcy podkreślają w związku z toczącymi się postępowaniami w sprawie banków krajów związkowych, że przeniesionych środków nie można było spożytkować w inny, bardziej rentowny sposób niż poprzez wniesienie do podobnej instytucji publicznej. Dlatego też transfer stanowił najbardziej sensowne, komercyjne zaangażowanie tych środków. Każde wynagrodzenie za transfer, tzn. każdy dodatkowy zysk z przeniesionego kapitału byłby wystarczający, aby uzasadnić transfer z punktu widzenia 'inwestora działającego zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej'.

- (111) Powyższej argumentacji nie można przyjąć. Możliwe, że wniesienie środków funduszu celowego do BayernLB oraz wynikająca z tego możliwość dla banku spożytkowania części kapitału, aby spełnić kryteria wypłacalności, były ekonomicznie najbardziej sensownym wykorzystaniem kapitału. Jednakże jeśli pieniądze publiczne oraz inne aktywa zostaną użyte na działalność komercyjną i zorientowaną na sprostanie konkurencji, należy stosować do nich reguły rynkowe. Oznacza to, że jeżeli państwo zdecyduje o przeznaczeniu określonego majątku (także) na cele komercyjne, powinno wymagać wynagrodzenia, które odpowiada wynagrodzeniu rynkowemu.

c) **Brak zmiany struktury własnościowej**

- (112) Sposobem na zapewnienie odpowiedniego zysku z udośćnionego kapitału byłoby adekwatne podwyższenie udziału kraju związkowego w banku BayernLB, jeśli całkowita rentowność banku odpowiada normalnemu zyskowi z inwestycji, którego oczekiwałby inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej. Wolny kraj związkowy Bawaria nie zdecydował się na taką procedurę.
- (113) W tym kontekście Niemcy twierdzą, że także prywatny inwestor nie mógłby w tej sytuacji doprowadzić do zmiany stosunku udziałów. Związek Kas Oszczędnościowych jako drugi właściciel połowy udziałów nie zgodziłby się na zmianę stosunku udziałów na jego niekorzyść, ponieważ w momencie wniesienia bank BayernLB nie potrzebował dodatkowego kapitału podstawowego, aby utrzymać wolumen transakcji kredytowych na dotychczasowym poziomie, a zgodnie z § 2 umowy o przeniesieniu Związek Kas Oszczędnościowych był zobowiązany do ponoszenia oszczędnościowych strat funduszu celowego. Ponadto bawarskie kasy oszczędnościowe już w momencie wniesienia pierwszej transzy wniosły do banku 900 mln DEM w formie cichych udziałów – w momencie wniesienia drugiej transzy było to 1,1 mld DEM – i nie uzyskały porównywalnej pozycji do Wolnego kraju związkowego Bawarii.

- (114) Jeśli zmiana stosunków udziałowych nie jest możliwa, wówczas, zdaniem Komisji, inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej zdecydowałby się na inwestycję tylko w przypadku, gdyby uzgodniono co najmniej odpowiednie wynagrodzenie bezpośrednie. Prywatnemu inwestorowi nie wystarczy zwykle fakt uniknięcia strat lub uzyskania ograniczonego zysku z inwestycji, lecz stara się on uzyskać jak największy zysk z kapitału, uwzględniając okoliczności oraz swoje interesy⁽³²⁾. Zwykle także prywatny inwestor, który już posiada udziały w danym przedsiębiorstwie, będzie nalegał albo na zmianę stosunków udziałowych, albo na otrzymanie odpowiedniego stałego wynagrodzenia. W przeciwnym razie rezygnuje on z części dodatkowego zysku z wniesionego kapitału, ponieważ także pozostali udziałowcy korzystają z wyższych dywidend i ze wzrostu wartości przedsiębiorstwa, mimo że nie dokonali porównywalnego wniesienia.

⁽³¹⁾ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 6 marca 2003 r. w sprawach połączonych T-228/99 i T-233/99, Zachodniemiecki Bank Krajowy Centrala Żyrowa i Północna Nadrenia-Westfalia przeciw Komisji, Zb. Orz 2003, II-435, nr 241, 314.

⁽³²⁾ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 6 marca 2003 r. w sprawach połączonych T-228/99 i T-233/99, Zachodniemiecki Bank Krajowy Centrala Żyrowa i Północna Nadrenia-Westfalia przeciw Komisji, Zb. Orz 2003, II-435, nr 320, 335.

- (115) Inna ocena sytuacji nie jest dopuszczalna także z tego względu, iż w momencie wniesienia drugiej transzy w roku 1995 także bawarskie kasy oszczędnościowe wniosły już do banku BayernLB kapitał w łącznej kwocie 1,1 mld DEM w formie cichych udziałów. Kwestią otwartą pozostanie, czy także prywatny inwestor zrezygnowałby ze zmiany stosunku udziałów na jego korzyść lub z bezpośredniego wynagrodzenia, gdy w tym samym czasie i w bezpośrednim związku z jego transferem kapitału także inny udziałowiec wniosłby kapitał tego samego rodzaju odpowiadający stosunkom udziałowym, który w ten sam sposób mógłby doprowadzić do wzrostu zysku z kapitału. Zdaniem Komisji brak jest koniecznego bezpośredniego związku cichych udziałów z przeniesieniem funduszu celowego. Ciche udziały, tylko częściowo o nieograniczonym czasie trwania, były wniesione już w momencie wniesienia funduszu celowego. Od 1991 r. do końca 1995 r. były one sukcesywnie w małych transzach wnoszone do banku BayernLB. Owe udziały nie były zatem ani czasowo, ani merytorycznie powiązane z przeniesieniem funduszu celowego. Taki związek, na ile można było to ustalić, nie powstał też później po wniesieniu funduszu celowego. Nie ustalono na przykład żadnego zobowiązania do trwałego i stałego utrzymania wartości łącznych wkładów kas oszczędnościowych⁽³³⁾. Nie jest także jednoznaczne, czy Wolny kraj związkowy Bawaria uwzględnił wkład kas oszczędnościowych w momencie ustalania wynagrodzenia za swoje wniesienie kapitału.
- (116) Ponadto nie da się merytorycznie porównać wkładów, ponieważ zgodnie z wyjaśnieniami Niemiec za ciche udziały płaci się wyłącznie stałe wynagrodzenie rynkowe, a za wniesienie kapitału Wolnego kraju związkowego Bawarii zapłacono wynagrodzenie częściowo w formie stałej opłaty, a częściowo, jak podają Niemcy, oczekiwanym wzrostem wartości. Nie ma zatem symetrii między obydwojma porównywanymi kapitałami w odniesieniu do składników wynagrodzenia, które z jednej strony mają formę bezpośredniego wynagrodzenia, a z drugiej strony możliwego wzrostu wartości. Kwestionowane wniesienie kapitału przez Wolny kraj związkowy Bawaria było zatem zdecydowanie innego rodzaju niż wkład kas oszczędnościowych.
- (117) Biorąc pod uwagę już cytowaną przez Niemcy decyzję Sądu Pierwszej Instancji w sprawie Alitalia⁽³⁴⁾, należy zwrócić uwagę, iż decyzja to dotyczy inwestycji osób fizycznych. Związek Kas Oszczędnościowych lub kasy oszczędnościowe nie są osobami fizycznymi, lecz organizacjami publicznoprawnymi. Ponadto, jak wykazano powyżej, wniesienie kapitału przez Związek Kas Oszczędnościowych lub przez kasy oszczędnościowe nie jest porównywalne ani pod względem zawartości, ani terminu z przeniesieniem funduszu celowego.
- (118) W rezultacie nie można stwierdzić, czy prywatny inwestor w sytuacji porównywalnej do przeniesienia środków

funduszu kredytowego do banku BayernLB zrezygnowałby z odpowiedniego wynagrodzenia bezpośredniego.

Efekt właściciela

- (119) Niemcy wyjaśniają ponadto, że Bawaria, będąc właścicielem połowy udziałów, mogła zakładać – przynajmniej w momencie przenoszenia środków funduszu celowego – dużo wyższe zyski z kapitału własnego w porównaniu z innymi instytucjami kredytowymi, o czym jednoznacznie świadczą wówczas uzyskiwane zyski z kapitału własnego. Bawaria nie godziła się zatem na ograniczony zysk bądź brak zysku z kapitału, lecz wiedziała, że inwestuje w przedsiębiorstwo przynoszące ponadprzeciętne zyski. Tzw. efekt właściciela, a więc fakt posiadania już przez inwestora udziałów w przedsiębiorstwie, w które inwestuje, należy uwzględnić przynajmniej w sytuacji, w której rentowność tego przedsiębiorstwa wykracza ponad przeciętną. Podobnie wypowiedział się Sąd Pierwszej Instancji w orzeczeniu dotyczącym sprawy WestLB.
- (120) Komisja nie może przychylić się do argumentacji Niemiec. Bawaria posiadała w momencie inwestycji tylko połowę udziałów. Z tego wynika, że Wolny kraj związkowy Bawaria skorzysta tylko z połowy oczekiwanego przyszłego wzrostu wartości przedsiębiorstwa oraz z połowy wypłat dywidend będących wynikiem inwestycji, pomimo tego, że wspomniany kraj związkowy samodzielnie przeprowadził kwestionowaną inwestycję. Żaden inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej nie zgodziłby się na to, żeby jako współwłaściciel ponosić cały ciężar inwestycji i otrzymywać tylko część związanych z nią korzyści. Taką, niezgodną ze stanowiskiem Niemiec, argumentację przedstawił też Sąd Pierwszej Instancji w orzeczeniu dotyczącym sprawy WestLB⁽³⁵⁾. Zgodnie z tym orzeczeniem zasada rynkowego działania inwestora zostaje złamana, jeśli podwyższenie kapitału przysparza zysków także pozostałym udziałowcom, którzy nie uczestniczyli w inwestycji.
- (121) Zatem nawet w przypadku przedsiębiorstwa przynoszącego ponadprzeciętne zyski – tak jak według Niemiec ma to miejsce w przypadku banku BayernLB nie chodzi o to, o ile jego rentowność przewyższa średnią, i czy w momencie przeprowadzania inwestycji inwestor jeszcze osiąga zadowalający zysk z kapitału. Nawet w przypadku przedsiębiorstwa przynoszącego ponadprzeciętne zyski prywatny inwestor zwróciłby uwagę na to, czy zrealizuje całą dodatkową korzyść wynikającą z inwestycji. W przypadku inwestycji dokonanej przez jednego współwłaściciela, za którą nie idzie proporcjonalne podwyższenie udziałów na niekorzyść drugiego (nieodkonującego inwestycji) współwłaściciela lub odpowiednie równoległe działania inwestycyjne pozostałych współwłaścicieli, dodatkową korzyść można zapewnić wyłącznie dzięki wynagrodzeniu płaconemu przez wszystkich współwłaścicieli na rzecz inwestora

⁽³³⁾ Nie można tego wynioskować także z ustawy i statutu. Istnieje tam tylko zapis, że 'kapitał akcyjny' winien zostać wniesiony odpowiednio do posiadanych udziałów przez obu udziałowców lub – w przypadku Związku Kas Oszczędnościowych – także przez same kasy oszczędnościowe.

⁽³⁴⁾ Orzeczenie z dnia 12 grudnia 2000 r., T-296/97.

⁽³⁵⁾ Orzeczenie z dnia 6 marca 2003 r. w sprawach połączonych T-228/99 i T-233/99, Zachodniemiecki Bank Krajowy Centrala Żyrowa i Północna Nadrenia-Westfalia przeciw Komisji, Zb. Orz 2003, II-435, nr 316.

przed wypłatą dywidendy, niezależnie od jego sytuacji jako właściciela, w ten sposób tylko on korzysta ze wspomnianego wynagrodzenia.

d) **Baza kapitałowa, od której należy zapłacić wynagrodzenie oraz składniki wynagrodzenia**

i) **Baza kapitałowa**

(122) Zgodnie z postępowaniem w przypadku banku WestLB Komisja określa odpowiednie wynagrodzenie za wniesiony majątek funduszu celowego, uwzględniając możliwość wykorzystania tego majątku przez bank BayernLB na cele komercyjne. Komisja dokonuje rozróżnienia między tzw. funkcją rozszerzenia działalności a (zwykłą) funkcją gwarancyjną majątku funduszu udostępnionego jako kapitał własny na potrzeby komercyjnej działalności instytucji kredytowej.

(123) Pod pojęciem funkcji rozszerzenia działalności, którą spełnia kapitał, należy rozumieć rozszerzenie potencjału transakcyjnego przez ryzykowne aktywa w wyniku uznania przez nadzór bankowy dodatkowego kapitału własnego banku. Punktem odniesienia do oceny tego, czy wynagrodzenie jest zgodne z zasadami rynkowymi, jest wynagrodzenie, którego zażądałby prywatny inwestor działający na zasadach rynkowych, udostępniający bankowi kapitał własny. O ile udostępniony kapitał został ujęty w bilansie jako kapitał własny, ale przez nadzór bankowy nie został za taki uznany albo jest przeznaczony na działalność wspierającą, albo z innych powodów nie może być wykorzystany na pokrycie działalności komercyjnej, nie można go wykorzystać do rozszerzenia działalności. Jednak kapitał ma znaczenie nie tylko z punktu widzenia nadzoru bankowego. Ponieważ gwarantuje on przynajmniej należności wierzycieli instytucji kredytowej (tzw. funkcja gwarancyjna), jego funkcję ekonomiczną można porównać chociażby z poręczeniem lub gwarancją. Wysokość kapitału własnego ujętego w bilansie informuje inwestorów o stabilności finansowej banku i tym samym wpływa na warunki, na których bank może pozyskiwać kapitał obcy. Rynkowe wynagrodzenie za tzw. funkcję gwarancyjną kapitału opiera się na wynagrodzeniu, którego w tej konkretnej sytuacji zażądałby prywatny gwarant od instytucji kredytowej o porównywalnej wielkości i profilu ryzyka jak bank BayernLB.

(124) Wolny kraj związkowy Bawaria przeniósł do banku BayernLB na dzień 31 grudnia 1994 r. nieoprocentowane i niskooprocentowane kredyty o wartości końcowej 3 798 0160mln DEM oraz na dzień 31 grudnia 1995 r. o wartości końcowej 1 219 mln DEM. Wartość gotówkowa tych środków funduszu celowego została obliczona w ekspertyzie – pierwsza transza na 655,7 mln DEM oraz druga transza na 542,1 mln DEM. Łącznie utworzono rezerwę celową w wysokości 1,197 mld DEM, którą wykazano w bilansie banku BayernLB jako środki własne.

(125) BAKred uznał za kapitał podstawowy całą wartość gotówkową obu transz w łącznej wysokości 1,197 mld DEM, która została każdorazowo określona w momencie przeniesienia i ujęta w bilansie jako środki własne⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ Niniejszy przypadek różni się od sprawy WestLB. W postępowaniu dotyczącym WestLB tylko część określonej i wykazanej w bilansie jako środki własne wartości gotówkowej majątku przeznaczonego na wspieranie rozwoju budownictwa mieszkaniowego została uznana w świetle przepisów prawa nadzorczego za kapitał własny.

Zdaniem Niemiec bank BayernLB mógł w pełni wykorzystać środki funduszu celowego ujęte w rezerwie celowej na zabezpieczenie prowadzonej działalności komercyjnej⁽³⁷⁾. W przeciwieństwie do przypadku banku WestLB rezerwa celowa nie miała być częściowo przeznaczona na zabezpieczenie działalności wspierającej instytucji kredytowej. Nie powstaje zatem pytanie, czy ewentualnie część rezerwy celowej zbilansowanej jako środki własne spełniała wyłącznie funkcję gwarancyjną dla banku BayernLB. Wartość rezerwy celowej uznana przez nadzór bankowy stanowi tym samym podstawę do obliczenia odpowiedniego wynagrodzenia za funkcję rozszerzenia działalności pełnioną przez udostępniony kapitał.

(126) Komisja uwzględniła przy tym fakt, że wartość gotówkowa rezerwy celowej spadła w latach 1998 i 1999 poniżej kwoty 1,197 mld DEM uznanej przez BAKred, w związku z czym rezerwa celowa w powyższych latach nie mogła w pełnym uznanym przez BAKred zakresie służyć do zabezpieczenia działalności komercyjnej. Wprawdzie dzięki gwarancji dotrzymania umowy (Ausfallgarantie) Wolnego kraju związkowego Bawarii w odniesieniu do kredytów z funduszu celowego zabezpieczono przynajmniej zwrot należności z tytułu kredytów funduszu celowego. Tym niemniej spadki poniżej wartości gotówkowej mogły wystąpić, jeśli wpływające środki przeznaczone ponownie na działania wspierające budownictwo mieszkaniowe, o czym na mocy umowy o przeniesieniu mógł zdecydować wyłącznie Wolny kraj związkowy Bawaria. Nie zawarto porozumienia o zapewnieniu przez Wolny kraj związkowy Bawaria, że wniesione aktywa nie zejną poniżej określonej wartości gotówkowej. W latach 1998 i 1999, w których wartość gotówkowa kwoty uznanej przez BAKred rzeczywiście spadła z powodu wahań, należy przyjąć jako podstawę obliczeń jedynie zmniejszoną wartość gotówkową. Zgodziły się na to strony porozumienia przekazanego w dniu 24 września 2004 r.⁽³⁸⁾

(127) Przy czym Komisja podkreśla ponownie, że to, ile udostępnionego kapitału zostało rzeczywiście wykorzystane, nie ma znaczenia przy obliczaniu odpowiedniego wynagrodzenia. Jedynym wyznacznikiem jest sam fakt istnienia możliwości wykorzystania kapitału na rozszerze-

⁽³⁷⁾ O ile wartość gotówkowa rezerwy celowej przekroczyła wartość uznaną w świetle przepisów o nadzorze bankowym, różnica wpisana została w pasywa jako rezerwa, dzięki czemu kapitał własny banku BayernLB nie został zwiększony ani z punktu widzenia prawa handlowego, ani nadzoru bankowego.

⁽³⁸⁾ Ponadto w trakcie prowadzenia postępowania Niemcy stały na stanowisku, że należy przyjąć zryczałtowaną obniżkę wynagrodzenia za zabezpieczenie w wysokości 25 % wartości gotówkowej uznanej przez BAKred. Poza wymienionymi powodami, które mogły spowodować wahania wartości gotówkowej, mogło dojść do zmniejszenia wartości gotówkowej wskutek zmiany polityki wspierającej kraju związkowego polegającej na odejściu od udzielania kredytów preferencyjnych na rzecz realizacji programu przydzielania dotacji. W ten sposób bank nie mógłby nigdy w pełni wykorzystać kwoty na działalność komercyjną z powodów zabezpieczenia. Komisja przeanalizowała powyższe argumenty i doszła do wniosku, że nie jest prawdopodobny drastyczny spadek wartości gotówkowej z powodu ścisłej współpracy między bankiem a Bawarią. Zatem także i w tym kontekście uwzględnienie wyłącznie rzeczywistych spadków wartości poniżej wartości gotówkowej wydaje się być usprawiedliwione.

nie działalności. Również prywatny inwestor nie zadowolony byłby się wynagrodzeniem, które zależałoby od wykorzystania kapitału. Tutaj Komisja przychyliła się do twierdzenia BdB, które zwróciło uwagę na to, że dla inwestora działającego na zasadach rynkowych, ponoszącego ryzyko utraty swojego udziału, nie ma znaczenia, czy instytucja kredytowa rzeczywiście wykorzystuje kapitał do rozszerzenia działalności. BdB słusznie zwraca uwagę na fakt, iż dla inwestora działającego na zasadach rynkowych liczy się wyłącznie to, że nie może sam pomnażać wniesionej kwoty i uzyskiwać z niej odpowiedniego zysku. Dlatego dla rozpatrywanej tutaj kwestii miarodajnej bazy kapitałowej także tutaj nie ma znaczenia, że bank BayernLB wykorzystał udostępniony kapitał tylko raz w roku 1996, i to w nieznacznym stopniu, dla zabezpieczenia ryzykownych aktywów, co zostało zresztą uznane przez strony w porozumieniu, które przekazały Komisji w dniu 24 września 2004 r.

(128) Ponadto należy zwrócić również uwagę na fakt, że odpowiednim momentem do określenia wynagrodzenia za funkcję rozszerzenia działalności posiadaną przez kapitał jest moment uznania rezerwy celowej za kapitał podstawowy przez BAKred. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy, BayernLB oraz głównego skarżącego kapitał mógł dopiero od tego momentu być wykorzystany jako zabezpieczenie ryzykownych aktywów.

(129) Tym niemniej, jeśli kapitał już wcześniej wykazano w bilansie jako środki własne, posiadał on co najmniej funkcję gwarancyjną, jak już dokładniej wyjaśniono powyżej. Obliczając odpowiednie wynagrodzenie, należy wziąć to pod uwagę⁽³⁹⁾.

ii) **Rzeczywiście zapłacone wynagrodzenie (elementy wynagrodzenia)**

(130) Poza uiszczonym wynagrodzeniem w wysokości 0,6 % rocznie za kapitał rzeczywiście wykorzystany na zabezpieczenie ryzykownych aktywów, Komisja uznała za składnik wynagrodzenia, wbrew tymczasowej opinii wyrażonej wcześniej w decyzji o wszczęciu procedury, także opłatę za poręczenie w wysokości 0,05 % rocznie, którą bank BayernLB musiał zapłacić za przejęcie przez Wolny kraj związkowy Bawarię gwarancji dotrzymania umowy.

(131) Niemcy były w stanie udowodnić, powołując się na przedłożone Komisji ekspertyzy biegłych rewidentów [...] z dnia 5 października 1994 r. i 30 kwietnia 1996 r., że bez gwarancji dotrzymania umowy wartość gotówkową przeniesionych należności z tytułu kredytów należałoby ustalić na niższym poziomie, gdyż przyjętą stopę kapitalizacji na poziomie 7,5 % należałoby uzupełnić o marżę za ryzyko. Takie stanowisko znalazło potwierdzenie także w uwagach przedłożonych Komisji przez BAFin (Federalny Urząd Nadzoru Usług Finansowych) z dnia 2 września 2004 r. Komisja uznaje zatem za udowodnione, że tym samym opłata za poręczenie jest bezpośrednio związana z podlegającą wynagrodzeniu funkcją rozszerzenia działalności obowiązkowego kapitału własnego i że należy ją zatem uznać za składnik wynagrodzenia.

⁽³⁹⁾ W przypadku funkcji gwarancyjnej nie chodzi o moment sporządzenia bilansu na dzień 31 grudnia danego roku obrotowego. Miarodajne jest raczej rzeczywiste wniesienie kapitału. Należy wyjść z założenia, że bank poinformowałby swoich wierzycieli przynajmniej w przypadku większych transakcji o wniesieniu kapitału. Zdaniem Komisji w ten sposób możliwość ujęcia w bilansie aktywów funkcję gwarancyjną.

(132) Jeśli chodzi o pozostałe składniki wynagrodzenia wymienione w decyzji o wszczęciu procedury, takie jak (1) odsetki zapłacone przez kredytobiorców, które nadal wpływają do Wolnego kraju związkowego Bawaria oraz (2) oprocentowanie krótkoterminowych depozytów i (3) proporcjonalny podział opłat administracyjnych, Niemcy przyznały, że jednak nie należy postrzegać ich jako składników wynagrodzenia. Komisja nie widzi zatem powodu, aby zmienić stanowisko wyrażone w decyzji o wszczęciu procedury:

(133) *Odsetki zapłacone przez kredytobiorców:* Postanowienie § 2 ust. 1 umowy o przeniesieniu, zgodnie z którą przyszłe i bieżące odsetki z tytułu należności przeniesionego funduszu celowego wpływają na rachunek państwa, wynika z faktu, że fundusz celowy powinien być oddzielony od pozostałych aktywów banku, por. § 2 ust. 3 umowy o przeniesieniu. Przyszłych i bieżących odsetek z tytułu należności przeniesionego funduszu celowego nie można zatem traktować jako wynagrodzenia za funkcję rozszerzenia działalności majątku celowego jako kapitału własnego. Postanowienie § 2 ust. 1 umowy o przeniesieniu wynika raczej z zapisu w art. 1 ust. 2 Ustawy o funduszu celowym, zgodnie z którym przeniesiony fundusz wspierający ma być przeznaczony na cele społeczne. Zgodnie z art. 1 ust. 2 Ustawy o funduszu celowym środki funduszu muszą być przeznaczone na cele socjalnego budownictwa mieszkaniowego, tak samo, jak przed wniesieniem. W związku z przeznaczeniem celowym przyszłe i bieżące odsetki z tytułu należności funduszu celowego należy przeznaczyć wyłącznie na działania związane z socjalnym budownictwem mieszkaniowym. Przekazywanie odsetek państwu jest spowodowane wyłącznie społecznym przeznaczeniem celowym funduszu wspierającego i nie może być postrzegane jako wynagrodzenie zapłacone przez bank BayernLB.

(134) *Oprocentowanie krótkoterminowych depozytów:* Oprocentowania krótkoterminowych depozytów przewidzianego w § 2 ust. 1 zdania 4 i 5 umowy o przeniesieniu również nie można potraktować jako wynagrodzenie za funkcję rozszerzenia działalności obowiązkowego kapitału własnego. Związane jest to z ponownym przeznaczeniem spłat, które i tak wpływają do funduszu celowego w związku z ich przeznaczeniem celowym, na kredyty preferencyjne przeznaczone na cele socjalnego budownictwa mieszkaniowego zgodnie z wytycznymi i wymogami Wolnego kraju związkowego Bawarii⁽⁴⁰⁾. Według informacji przekazanych przez Niemcy bank BayernLB posiada wyłącznie główną część praw do pożyczek (funkcja zabezpieczenia kapitału własnego), zgodnie z umową funkcja korzystania i dochodów kapitału własnego powinna całkowicie pozostać w gestii Wolnego kraju związkowego Bawaria w celu wypełniania przypisanych celów społecznych⁽⁴¹⁾. Niniejsza procedura dotyczy właśnie odpowiedniego wynagrodzenia za funkcję zabezpieczenia kapitału własnego, dlatego wynagrodzenia ewentualnie płaconego za wykorzystanie nie można zaliczyć na poczet wynagrodzenia za funkcję zabezpieczenia.

⁽⁴⁰⁾ Pismo Niemiec z 3 lipca 2001, str. 9.

⁽⁴¹⁾ Pismo Niemiec z 3 lipca 2001, str. 10.

- (135) *Proporcjonalny podział opłat administracyjnych*: Kolejnym skutkiem zasady rozdzielenia wniesionych środków od pozostałych aktywów banku, określonej w § 2 ust. 3 umowy o przeniesieniu, jest także wyłączenie z funduszu celowego opłat administracyjnych przysługujących Wolnemu krajowi związkowemu Bawarii. Fakt, że państwo otrzymuje część opłat administracyjnych ponoszonych przez kredytobiorców, świadczy o zachowaniu przeznaczenia celowego oraz o związanym z tym majątkowym rozdziale wniesionych środków. Również to nie można być postrzegane jako wynagrodzenie płacone przez bank BayernLB.
- e) **Porównanie z innymi instrumentami kapitału własnego**
- (136) Jak już wspomniano, postawą obliczenia wynagrodzenia rynkowego jest wynagrodzenie, którego zażądałby inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej, który udostępnia kapitał własny bankowi.
- (137) Nie pozostawia żadnych wątpliwości fakt, że nie jest możliwe bezpośrednie porównanie z innymi transakcjami przeniesienia aktywów funduszu celowego do banku BayernLB. Jeśli nawet powyższa transakcja pod pewnymi aspektami jest podobna do niektórych instrumentów, to jednak istnieje tak wiele różnic w porównaniu z dowolnym instrumentem, że jakiegokolwiek porównanie może mieć jedynie ograniczoną wartość. Dlatego też odpowiednie wynagrodzenie również w tym przypadku można obliczyć tylko zgodnie z procedurą zastosowaną w przypadku WestLB, porównując transfer aktywów do innych rynkowych instrumentów kapitału własnego i wyznaczając najbardziej podobny instrument, który będzie wyznacznikiem dla obliczanego wynagrodzenia.
- (138) Niemcy, bank BayernLB oraz główny skarżący zgadzają się co do tego, że majątek funduszu celowego tworzący rezerwę celową można porównać wyłącznie z kapitałem zakładowym lub z cichymi udziałami. BAKred uznał rezerwę celową za kapitał podstawowy (kapitał 'pierwszej kategorii') i dlatego można porównać ją wyłącznie z takimi instrumentami kapitału własnego, które w roku dokonania transferu uznane były w Niemczech za kapitał podstawowy. Na podstawie informacji przekazanych przez Niemcy w latach 1994 i 1995 wyłącznie kapitał akcyjny lub kapitał zakładowy banku oraz rezerwy i ciche udziały odpowiadały szczególnym warunkom określonym w § 10 ust. 4 KWG (prawo bankowe).
- (139) Komisja zgadza się w tym punkcie z opinią stron postępowania. Już w decyzji 2000/392/WE dotyczącej banku WestLB z roku 1999 (pkt. 199) Komisja jednoznacznie stwierdziła, że porównanie uznanego także za kapitał podstawowy majątku Wfa z hybrydowymi instrumentami kapitałowymi uznanymi jedynie za kapitał uzupełniający, jak na przykład papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach oraz akcje uprzywilejowane bez prawa głosu, nie może służyć jako podstawa do obliczenia odpowiedniego wynagrodzenia za przeniesiony kapitał. Kapitał podstawowy ma bardzo duże znaczenie dla przedsiębiorstwa, ponieważ może ono przy jego użyciu pozyskiwać uzupełniające środki własne (np. papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach) do takiej samej wysokości, i w ten sposób rozszerzać środki własne. Warunkiem uznania za kapitał własny jest zwiększona ekspozycja na ryzyko udostępnionego kapitału, odzwierciedlająca się zasadniczo również w podwyższonym wynagrodzeniu rynkowym za tego typu instrument. Porównanie z tzw. środkami uzupełniającymi, które tylko w ograniczonym zakresie mogą być wykorzystane na rozszerzenie działalności, można tym samym od razu wykluczyć.
- (140) Komisja nie zmieniła swojego stanowiska, zgodnie z którym przedstawione przez Niemcy i bank BayernLB porównanie z cichymi udziałami w znaczeniu § 10 ust. 4 KWG (prawo bankowe) lub z cichymi udziałami bawarskich kas oszczędnościowych i innych inwestorów instytucjonalnych, wniesionymi do instytucji kredytowej od początku 1991 roku, nie jest odpowiednie, aby służyć jako podstawa do określenia właściwego wynagrodzenia za rezerwę celową. Przeniesienie funduszu celowego należy raczej porównać z inwestycją w kapitał zakładowy banku BayernLB.
- (141) Komisja uważa przy tym za znaczący fakt, że do wniesienia majątku funduszu nie zastosowano formy prawnej cichych udziałów, lecz utworzono rezerwę, chociaż bank BayernLB w momencie wniesienia obu transz już przyjął ciche udziały o dość znacznej wartości i znany mu był ten instrument podwyższania kapitału własnego. BAKred także uznał rezerwę celową, zgodnie z decyzjami dostępnymi Komisji, nie za ciche udziały w znaczeniu § 10 ust. 4 KWG (prawo bankowe), lecz za rezerwę zgodnie z § 10 ust. 2 pkt. 5 zdanie 1 i ust. 3 zdanie 2 KWG. Powyższe dwa fakty stanowią dowód na to, iż udostępniony kapitał wykazuje podobieństwo raczej do kapitału zakładowego niż do cichych udziałów.
- (142) Zgadza się wprowadzić, że fundusz celowy banku BayernLB wykazuje kilka cech typowych raczej dla cichych udziałów⁽⁴²⁾. Jednakże Komisja jest zdania, że ryzyko, że wniesiony kapitał w przypadku likwidacji bądź niewypłacalności przynajmniej częściowo zostanie przeznaczony na pokrycie strat, ogólnie nie jest mniejsze niż ryzyko inwestycji w kapitał zakładowy.
- (143) Komisja nie zgadza się ze stanowiskiem Niemiec, iż w porównaniu z inwestycją w kapitał zakładowy ryzyko strat było mniejsze, gdyż BayernLB już przed wniesieniem funduszu celowego posiadał znaczne środki własne i nie był zdany na powyższy kapitał. Wprawdzie rezerwa celowa została wykorzystana tylko jeden raz i tylko przez krótki czas na pokrycie ryzykownych aktywów. Jednakże niewykorzystywanie kapitału przez bank nie było jednoznaczne z wcześniejszego punktu widzenia. Przeciwnie, w uzasadnieniu do projektu Ustawy o majątku celowym w wersji ostatecznie przyjętej przez Bawarski Parlament Krajowy jednoznacznie podano jako powód wniesienia kapitału konieczność wzmocnienia konkurencyjności Bawarskiego

⁽⁴²⁾ Np. porozumienie o tzw. roszczeniu o dopłatę w przypadku, gdyby prowizja gwarancyjna nie została wypłacona w danym roku obrotowym, ponieważ w ten sposób powstałaby strata bilansowa (patrz § 3 umowy o przeniesieniu).

Banku Krajowego na rynku wewnętrznym i międzynarodowym poprzez podwyższenie kapitału własnego, aby zapewnić kontynuację efektywnej działalności. Także projekty wstępne oraz uwagi wewnętrzne Bawarskiego Sekretariatu Stanu określały jako cel transakcji umożliwienie rozszerzenia działalności. Ponadto Niemcy same podały, że w momencie transferu pierwszej i drugiej transzy w latach 1994 oraz 1995 istniał zamiar wykorzystania przeniesionej rezerwy celowej na rzecz zabezpieczenia ryzykownych aktywów⁽⁴³⁾. Inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej, który na takich zasadach udostępniłby kapitał, należałoby zapewne na pełne wynagrodzenie, ponieważ po pierwsze ponosi on pełne ryzyko strat, a po drugie bank może korzystać z całości kapitału, w taki sam sposób jak z pozostałego kapitału według swojego uznania i kalkulacji ekonomicznych.

(144) Zdaniem Niemiec i banku BayernLB istniała zgodność co do faktu, iż BayernLB pokrywa zapotrzebowanie kapitałowe na rozszerzenie własnej działalności komercyjnej cichymi wkładami inwestorów instytucjonalnych. Jednak należy stwierdzić, że taki zamiar nie został zapisany ani w odpowiednich klauzulach umów o przeniesieniu kapitału ani w Ustawie o przeniesieniu. Prywatny inwestor nie miałby zatem pewności, że jego kapitał nie zostanie wykorzystany. To, że istniała zgodność co do faktu, że BayernLB wykorzysta rezerwę celową na pokrycie ryzykownych aktywów dopiero po wykorzystaniu pozostałego kapitału własnego, nie zaprzecza tej analizie ryzyka, jeśli założyć się, iż w każdym przypadku zamierzano zabezpieczyć ryzykowne aktywa przy pomocy kapitału. Zdaniem Komisji, biorąc pod uwagę również oba powyższe aspekty, nie można udowodnić, że ryzyko strat w momencie niewypłacalności/likwidacji byłoby mniejsze niż w przypadku kapitału zakładowego.

(145) Fakt, iż Bawarski Związek Kas Oszczędnościowych jako drugi udziałowiec zgodnie z § 2 umowy zawartej między Wolnym krajem związkowym Bawarią oraz Bawarskim Związkiem Kas Oszczędnościowych w dniu 15 grudnia 1994 r., był zobowiązany do ponoszenia połowy strat banku BayernLB, jeśli rezerwa celowa zostanie wykorzystana na ten cel, lub jeśli wierzyciele BayernLB zużyją ją na pokrycie strat, również nie niwelował ryzyka przynajmniej częściowej utraty rezerwy celowej w przypadku niewypłacalności lub likwidacji, ponieważ w takiej sytuacji rezerwę należy uzupełnić wyłącznie proporcjonalnie do udziałów. Ponadto wspomniane porozumienie między udziałowcami nie zmniejsza korzyści banku BayernLB z kapitału, a więc taka sytuacja nie może wpłynąć na zmniejszenie wynagrodzenia płaconego przez BayernLB. Nie mogłoby zatem dojść do sytuacji, w której BayernLB nie zapłaciłby nic, jeśli Bawarski Związek Kas Oszczędnościowych zobowiązałby się w stosunku do Wolnego kraju związkowego Bawarii do ponoszenia całości strat. W stosunku wewnętrznym powyższe ustalenia mogłyby doprowadzić do spłaty Bawarskiego Związku Kas Oszczędnościowych przez Wolny kraj związkowy Bawarię za przejście dodatkowego ryzyka, co jednakże nie zostało uzgodnione i dla niniejszego postępowania pozostaje bez znaczenia.

(146) Komisji nie przekonuje także argument, iż w omawianym przypadku udział rezerwy celowej w całości kapitału w momencie wniesienia wynosił jedynie 8 %, dzięki czemu ryzyko strat było znacznie niższe niż w przypadku banku WestLB, w którym majątek Wfa wynosił prawie 50 % kapitału własnego banku. W przypadku banku WestLB duża wartość wniesionego kapitału była przesłanką, ale nie czynnikiem decydującym o uznaniu podobieństwa do inwestycji w kapitał zakładowy. Także w decyzji dotyczącej banku WestLB Komisja, po rozpatrzeniu sprawy całościowo, doszła do wniosku, że podobieństwo ocenianej transakcji do inwestycji w kapitał zakładowy jest istotniejsze od pozostałych czynników.

(147) Na podstawie wymienionych aspektów, w szczególności analizy ryzyka, które ponosiłby inwestor w związku z ocenianą transakcją, Komisja doszła do wniosku, że wyznacznikiem określenia odpowiedniego wynagrodzenia za fundusz celowy jest wynagrodzenie za kapitał zakładowy udostępniony bankowi BayernLB. Również strony porozumienia, które przekazano Komisji w dniu 24 września 2004 r., w swojej propozycji wynagrodzenia za podstawę jego obliczenia przyjęły inwestycję w kapitał zakładowy.

f) Koszty związane z płynnością

(148) W zasadzie można przyjąć argumentację Niemiec i banku BayernLB dotyczącą kosztów związanych z płynnością. 'Zwykłe' wniesienie kapitału do banku powoduje zarówno poprawę płynności, jak i zwiększenie kapitału podstawowego, który jest konieczny do rozszerzenia działalności komercyjnej w świetle przepisów o nadzorze bankowym. Aby w pełni wykorzystać kapitał, tzn. rozszerzyć 100 % aktywów ważonych ryzykiem o współczynnik 12,5 (tzn. 100 podzielone przez współczynnik wypłacalności w wysokości 8 %), bank musi dokonać 11,5-krotnego refinansowania na rynkach finansowych. Mówiąc prościej, różnica między 12,5 razy otrzymanymi i 11,5 razy zapłaconymi odsetkami z tego kapitału po potrąceniu pozostałych kosztów banku (np. kosztów administracyjnych) daje zysk z kapitału własnego⁽⁴⁴⁾. Początkowo majątek funduszu celowego nie przysparza płynności BayernLB, ponieważ przeniesiony majątek oraz wszystkie zyski z majątku funduszu zastrzeżono ustawowo na cele związane z wspieraniem budownictwa mieszkaniowego, w związku z tym BayernLB ponosił dodatkowe koszty finansowania w wysokości kwoty kapitałowej, jeśli pobierał konieczne środki z rynków finansowych, aby w pełni wykorzystać możliwości transakcyjne, których przysporzył jej dodatkowy kapitał własny, tzn. aby rozszerzyć aktywa ważne ryzykiem o 12,5-krotność kwoty kapitałowej (lub utrzymać istniejące aktywa w takiej wysokości)⁽⁴⁵⁾. Z powodu powyższych kosztów dodatkowych, które nie powstałyby w przypadku kapitału własnego wniesionego w formie płynnej, należy w celu określenia właściwego wynagrodzenia dokonać odpowiedniego potrącenia. Inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej nie może oczekiwać, że otrzyma takie samo wynagrodzenie jak w przypadku wniesienia kapitału w gotówce.

⁽⁴⁴⁾ W rzeczywistości sytuacja jest dużo bardziej skomplikowana, np. z powodu pozycji pozabilansowych, różnego stopnia ważenia ryzyka aktywów i pozycji o zerowym stopniu ryzyka. Sens argumentacji nie zostaje jednakże naruszony.

⁽⁴⁵⁾ Sytuacja nie ulegnie zmianie, jeśli uwzględni się możliwość pozyskania kapitału uzupełniającego do wysokości kapitału podstawowego (współczynnik 25 zamiast 12,5 dla kapitału podstawowego).

⁽⁴³⁾ Pismo Niemiec z dnia 3 lipca 2001 r., str. 11.

(149) Komisja jest jednakże zdania, że w rachunku nie należy uwzględniać całej stopy refinansowania. Koszty refinansowania stanowią koszty prowadzenia działalności i zmniejszają przychody podlegające opodatkowaniu. Wynik netto banku nie zmniejsza się o kwotę dodatkowo zapłaconych odsetek. Część powyższych kosztów zostanie wyrównana mniejszym podatkiem dochodowym od osób prawnych. Wyłącznie koszty netto należy uwzględnić jako dodatkowe obciążenie BayernLB z racji szczególnego charakteru wniesionego kapitału. Komisja uznaje ostatecznie, że BayernLB ponosi dodatkowe 'koszty płynności', na które składają się koszty refinansowania minus podatek od przedsiębiorstw⁽⁴⁶⁾.

(150) Komisja nie zgadza się także z opinią Niemiec, iż inwestor prywatny nie wynegocjowałby potrącenia jedynie kosztów refinansowania netto tylko na tej podstawie, że kwota kapitału wniesiona do BayernLB wynosiła tylko 8 % środków własnych, a nie tak jak w przypadku WestLB prawie 50 %. Powyższy argument jest nieprzekonujący. Decydujące jest wyłącznie to, że BayernLB mógł zaliczyć koszty refinansowania w koszty działalności pomniejszające podstawę opodatkowania, i w ten sposób uzyskałby korzyść, którą należy uwzględnić niezależnie od wartości udostępnionego kapitału z punktu widzenia europejskiego prawa dotyczącego pomocy państwa.

g) **Odpowiednie wynagrodzenie za kwotę w wysokości 1,197 mld DEM**

(151) Istnieje kilka różnych sposobów ustalenia odpowiedniego wynagrodzenia za kwotę w wysokości 1,197 mld DEM. Jednakże, jak zostanie to przedstawione poniżej, wszystkie sposoby obliczenia wynagrodzenia za udostępniony kapitał zakładowy opierają się na tych samych zasadach. Opierając się na tych zasadach, Komisja przeprowadza obliczenia w dwóch etapach: najpierw oblicza wynagrodzenie minimalne, którego inwestor może oczekiwać za (hipotetyczną) inwestycję w kapitał zakładowy w BayernLB. Następnie Komisja sprawdza, czy z powodu szczególnych cech kwestionowanej transakcji na rynku ustalono by narzuty lub potrącenia, i czy w takim przypadku Komisja może dokonać odpowiedniej kwantyfikacji tej kwoty, uwzględniając wystarczające obciążenie.

i) **Obliczenie oczekiwanego minimalnego wynagrodzenia za inwestycję w kapitał zakładowy BayernLB**

(152) Oczekiwany zysk z inwestycji oraz ryzyko inwestycji stanowią podstawowe czynniki wpływające na decyzję inwestora działającego zgodnie z zasadami gospodarki

rynkowej. Aby określić wysokość obu czynników, inwestor uwzględni wszystkie dostępne informacje o firmie i rynku. Opiera się on na historycznych danych dotyczących średniego zysku z kapitału, które stanowią także ogólnie punkt wyjściowy dla przyszłej wydajności przedsiębiorstwa, a także między innymi na analizie aktualnego modelu działania przedsiębiorstwa, strategii i jakości zarządzania oraz relatywnych prognozach danej branży.

(153) Inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej zainwestuje tylko wtedy, jeśli inwestycja ta będzie dawała wyższy zysk z kapitału lub niższe ryzyko w porównaniu z inną poważnie branżą pod uwagę alternatywą użycia kapitału. Inwestor nie zdecyduje się na inwestycję w przedsiębiorstwo, jeśli oczekiwany zysk z kapitału jest niższy niż średni oczekiwany zysk z kapitału zainwestowanego w inne przedsiębiorstwa o porównywalnym profilu ryzyka. W omawianym przypadku można przyjąć, że istnieją wystarczające alternatywy do zakładanego zamierzenia inwestycyjnego, które obiecują wyższe zyski przy takim samym poziomie ryzyka.

(154) Aby obliczyć odpowiednie najniższe wynagrodzenie, można użyć różnych metod, poczynawszy od różnych wariantów podejścia finansowego aż do metody CAPM. W celu przedstawienia różnych podejść należy dokonać rozróżnienia dwóch składników, mianowicie zysku z bezpiecznych inwestycji oraz premii za ryzyko istniejące w przypadku danego projektu:

$$\begin{aligned} & \text{odpowiedni minimalny zysk z inwestycji obciążonej} \\ & \text{ryzykiem} \\ & = \\ & \text{podstawowa stopa procentowa bezpiecznych papierów} \\ & \text{wartościowych} + \text{premia za ryzyko inwestycji obciążonej} \\ & \text{ryzykiem.} \end{aligned}$$

Odpowiedni minimalny zysk z inwestycji obciążonej ryzykiem można zatem przedstawić jako sumę stopy zysku z bezpiecznej inwestycji i dodatkowej premii za ryzyko związanej z przejściem ryzyka specyficznego dla danej inwestycji.

(155) Podstawą obliczenia zysku z kapitału jest zatem zawsze istnienie formy bezpiecznej inwestycji z bezpiecznym zyskiem z kapitału. Zwykle do obliczenia podstawowej stopy bezpiecznych papierów wartościowych przyjmuje się oczekiwany zysk z papierów wartościowych o stałym oprocentowaniu emitowanych przez państwo (względnie indeks opierający się na tych papierach wartościowych), ponieważ są to formy inwestycji o stosunkowo niskim stopniu ryzyka. Różnice między poszczególnymi metodami występują jednakże przy obliczeniu premii za ryzyko:

⁽⁴⁶⁾ Potwierdzone przez orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z dnia 6 marca 2003 r. w sprawach połączonych T-228/99 i T-233/99, nr od 321 do 331.

- *Podjęcie finansowe*: Oczekiwany przez inwestora zysk z kapitału własnego stanowi z punktu widzenia banku wykorzystującego kapitał przyszłe koszty finansowe. Przy tym podjęciu ustalane są najpierw historyczne koszty kapitału własnego, które ponoszą banki porównywalne z opisywanym bankiem. Średnia arytmetyczna historycznych kosztów kapitału zostaje następnie zrównana z przyszłymi, oczekiwanymi kosztami kapitału własnego, i w ten sposób z zyskiem z kapitału oczekiwanym przez inwestora.
- *Podjęcie finansowe ze skumulowanym rocznym wzrostem (compound annual growth rate)*: Centralnym punktem tego podjęcia jest zastosowanie średniej wartości geometrycznej zamiast arytmetycznej (compound annual growth rate).
- *Metoda wyceny aktywów kapitałowych (capital asset pricing model – CAPM)*: W nowoczesnych finansach metodą najbardziej znaną i najczęściej testowaną jest CAPM; przy pomocy tej metody można określić zysk z kapitału oczekiwany przez inwestora przy pomocy następującego wzoru:

zysk minimalny

=

podstawowa stopa bezpiecznych papierów wartościowych
+ (rynkowa premia za ryzyko x beta)

Premię za ryzyko inwestycji w kapitał własny oblicza się przez pomnożenie rynkowej premii za ryzyko oraz współczynnika beta (rynkowa premia za ryzyko x beta). Współczynnik beta pozwala na porównanie ryzyka danego przedsiębiorstwa z łącznym ryzykiem wszystkich przedsiębiorstw.

- (156) CAPM jest główną metodą obliczania zysków z inwestycji w przypadku dużych przedsiębiorstw notowanych na giełdzie. BayernLB nie jest przedsiębiorstwem notowanym na giełdzie, dlatego nie można bezpośrednio wyprowadzić wartości beta. Zastosowanie metody CAPM jest możliwe wyłącznie na podstawie orientacyjnego współczynnika beta.
- (157) W uwagach z dnia 29 lipca 2003 r. BdB przedstawiło oczekiwane minimalne wynagrodzenie za inwestycję w kapitał zakładowy BayernLB w momencie wniesienia należności z tytułu kredytów budowlanych obliczone przy zastosowaniu metody CAPM na dzień 31 grudnia 1994 r. w wysokości 13,34 % rocznie oraz na dzień 31 grudnia 1995 r. w wysokości 12,87 % rocznie. Niemcy wyraziły zasadnicze wątpliwości co do zastosowania metody CAPM. Ich zdaniem BdB założyło zawyżony współczynnik beta i błędnie określiło podstawową stopę procentową bezpiecznych papierów wartościowych. Rynkowa premia za ryzyko w wysokości 4,6 % jest również zdecydowanie zbyt wysoka. Przy zastosowaniu poprawnych założeń BdB uzyskałaby przy pomocy metody CAPM zdecydowanie niższy wynik minimalnego wynagrodzenia za hipotetyczną inwestycję w kapitał zakładowy BayernLB. Wolny kraj związkowy Bawaria, BayernLB oraz BdB w porozumieniu o odpowiednim wynagrodzeniu rynkowym doszły do wniosku, że odpowiednie minimalne wynagrodzenie wynosi 9,87 % za pierwszą transzę oraz 8,00 % za drugą transzę.
- (158) Strony porozumienia zastosowały w swoich obliczeniach metodę CAPM. Przyjęły podstawową stopę procentową

bezpiecznych papierów wartościowych w wysokości 7,50 % (31 grudnia 1994 r.) oraz 6,10 % (31 grudnia 1995 r.). Określając powyższą stopę procentową, założono, że fundusz celowy zostanie udostępniony BayernLB trwale. Strony nie zastosowały zatem zysku z bezpiecznych papierów wartościowych o określonym czasie trwania inwestycji (np. dziesięcioletni zysk z obligacji państwowych) obserwowanego na rynku w dniu wniesienia kapitału na dzień bilansowy, gdyż takie podjęcie pomijałoby ryzyko reinwestycji, tzn. ryzyko braku możliwości ponownego zainwestowania po upływie okresu inwestycji w wysokości stopy procentowej bezpiecznych papierów wartościowych. Zdaniem stron najlepiej uwzględni się ryzyko inwestycji, jeśli jako podstawę przyjmie się „total return index”. Z tego powodu strony oparły się na indeksie niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG) REX10 performance index, który odzwierciedla dokładnie rezultaty (performance) inwestycji w obligacje federalne o dokładnie dziesięcioletnim czasie trwania. Zastosowany w niniejszym przypadku indeks uwzględnia stan indeksu REX10 performance index na koniec każdego roku, począwszy od 1970 r. Strony oszacowały zatem zysk roczny, który odzwierciedla tendencję przyjętego indeksu REX10 performance index w okresie od 1970 do 1994 roku lub od 1970 do 1995 roku, i w ten sposób uzyskały wyżej wymienioną bezpieczną podstawową stopę procentową w wysokości 7,50 % (31 grudnia 1994 r.) i 6,10 % (31 grudnia 1995 r.).

- (159) Biorąc pod uwagę, że wkład miał zostać udostępniony BayernLB trwale, procedura obliczenia podstawowych stóp procentowych bezpiecznych papierów wartościowych wydaje się w tym przypadku właściwa. Ponadto przyjęty indeks REX10 performance index stanowi ogólnie uznane źródło danych. Obliczone podstawowe stopy procentowe bezpiecznych papierów wartościowych wydają się niniejszym uzasadnione.
- (160) Współczynniki beta oszacowano na poziomie 0,593 (31 grudnia 1994 r.) oraz 0,475 (31 grudnia 1995 r.) na podstawie ekspertyzy [...], którą dysponuje Komisja, dotyczącej tzw. skorygowanych (adjusted) współczynników beta wszystkich instytucji kredytowych notowanych na giełdzie w Niemczech. Na podstawie powyższej ekspertyzy oraz przy uwzględnieniu profilu działalności banku BayernLB należy uznać powyższe współczynniki beta za właściwe.
- (161) Komisja uważa także rynkową premię za ryzyko w wysokości 4,0 % za akceptowalną. Również w postępowaniu dotyczącym WestLB kilkakrotnie odnoszono się do tzw. ogólnej długoterminowej rynkowej premii za ryzyko, a więc do różnicy między długoterminowym średnim zyskiem ze zwykłego portfela akcji a zyskiem z obligacji państwowych. W odpowiednich ekspertyzach dotyczących postępowania zastosowano, w zależności od metodyki, założonego okresu oraz danych, przedział od ok. 3 % do 5 %. Do wyliczeń w ekspertyzie sporządzonej dla BdB alternatywnie przyjęto wartości 3,16 % oraz 5 %, a inna ekspertyza sporządzona dla banku WestLB w ramach tego samego postępowania alternatywnie przyjęła wartości 4,5 % oraz 5 %, natomiast Lehman Brothers, którzy pracowali również na zlecenie WestLB, założyli stopę 4 %. Biorąc powyższe pod uwagę, Komisja nie widzi potrzeby w niniejszym przypadku odstąpienia od rynkowej premii za ryzyko

zastosowanej w porozumieniu. Uwzględniając zastosowanie metody CAPM, zdaniem Komisji nie ma wątpliwości, że w niniejszym przypadku minimalne wynagrodzenie obliczone przez strony można uznać za odpowiednie.

(162) Komisja nie dostrzega przesłanek świadczących o tym, że obliczone przez strony wynagrodzenie za hipotetyczną inwestycję w kapitał zakładowy nie wytrzymałoby testu rynkowego. Komisja ustala zatem odpowiednie minimalne wynagrodzenie za pierwszą transzę funduszu celowego na poziomie 9,87 % rocznie oraz za drugą transzę na poziomie 8,00 % rocznie (każdorazowo po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym).

ii) **Zmniejszenie zysku z kapitału z powodu braku płynności**

(163) Niemcy podały, że rzeczywiste koszty refinansowania BayernLB wynosiły w drugiej połowie roku 1994, a więc w momencie wniesienia pierwszej transzy, średnio 7,71 %, a w drugiej połowie roku 1995, a więc w momencie wniesienia drugiej transzy, 6,78 %. W porozumieniu strony przyjęły za podstawę stopę długoterminowych, bezpiecznych papierów wartościowych w wysokości 7,50 % na dzień 31 grudnia 1994 r. (pierwsza transza) oraz 6,10 % na dzień 31 grudnia 1995 r. (druga transza) jako minimalne koszty refinansowania brutto. Ponadto strony uzgodniły przyjęcie zryczałtowanej stopy podatkowej w wysokości 50 %⁽⁴⁷⁾. W ten sposób strony uzyskały stopę refinansowania netto w wysokości 3,75 % za pierwszą transzę oraz 3,05 % za drugą transzę, a w ten sposób odpowiednie zmniejszenie z powodu braku płynności.

(164) Na podstawie tego porozumienia oraz faktu, że wymienione kwoty mieszczą się w określonym uprzednio przez Niemcy przedziale, Komisja nie widzi potrzeby ich podważenia i uwzględnia powyższe kwoty jako podstawę przy obliczaniu elementu pomocy.

iii) **Marża na zysk z kapitału ze względu na szczególne cechy transferu**

(165) W praktyce przy ustalaniu wynagrodzenia za inwestycję, cechy nietypowe, odbiegające od standardowej inwestycji w kapitał zakładowy znajdują zwykle wyraz w postaci odpowiednich dopłat lub potrąceń. Należy zatem sprawdzić, czy cechy szczególne, zwłaszcza dany profil ryzyka transferu funduszu celowego, sprawiają, że konieczne jest dostosowanie ustalonego minimalnego wynagrodzenia w wysokości 9,87 % (pierwsza transza) oraz 8 % (druga transza), którego oczekiwałyby inwestor prywatny za (hipotetyczną) inwestycję w kapitał zakładowy banku BayernLB, oraz czy Komisja może przedsięwziąć kwantyfikację uwzględniającą wystarczające obciążenie. W powyższym kontekście właściwe wydaje się sprawdzenie trzech kwestii: po pierwsze brak emisji nowych udziałów w spółce oraz związanych z nimi praw głosu, po drugie nadzwyczajna wartość przeniesionych aktywów oraz po trzecie brak płynności aktywów.

(166) Kraj związkowy nie uzyskał wskutek wniesienia kapitału dodatkowych głosów i nie zostało to zrównoważone porównywalną inwestycją innego udziałowca. W wyniku rezygnacji z głosów inwestor traci możliwość wpływania na decyzje zarządu banku. Dla wyrównania przyjęcia wyższego ryzyka strat bez odpowiedniego zwiększenia wpływu na przedsiębiorstwo inwestor działający na zasadach gospodarki rynkowej (nawet przy zmniejszeniu ryzyka wskutek uzgodnień wewnętrznych z innymi udziałowcami) zażądałby wyższego wynagrodzenia. Wychodząc od wyższego wynagrodzenia za akcje uprzywilejowane w stosunku do akcji zwykłych, Komisja uważa marżę na wynagrodzenie w wysokości co najmniej 0,3 % rocznie (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw) za uzasadnioną. Również strony porozumienia uważają marżę w wysokości 0,3 % rocznie ze względu na brak emisji nowych praw głosu za uzasadnioną.

(167) Komisja uważa, że nie jest konieczna marża w związku z wielkością przeniesionych aktywów oraz wpływem, jaki przeniesienie to miało na bank BayernLB z punktu widzenia dyrektywy w sprawie współczynnika wypłacalności. Wskutek wniesienia środków funduszu celowego kapitał podstawowy BayernLB zwiększył się jedynie o 8 %, inaczej niż w innych wymienionych przypadkach banków krajów związkowych, w których częściowo doszło do podwojenia kapitału podstawowego. Także wniesienia kapitału zakładowego w wysokości 1,197 mld DEM do jednego z największych niemieckich banków uniwersalnych, biorąc pod uwagę szczególne zapotrzebowanie na kapitał europejskich instytucji kredytowych wskutek wdrażania dyrektywy w sprawie wskaźnika wypłacalności, nie należy postrzegać jako transakcji zasadniczo różniącej się pod względem wielkości od normalnych operacji. Komisja uznaje zatem raczej za mało prawdopodobne, aby inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej zażądał za daną absolutną i względną wielkość wniesionego kapitału szczególnej marży. Komisja odstępuje zatem na korzyść banku BayernLB od marży za wielkość przeniesionych aktywów. Porozumienie wychodzi także z założenia, że nie należy żądać marży w związku z wartością przeniesionych aktywów.

(168) Wreszcie należy zwrócić uwagę na brak płynności aktywów, tzn. brak możliwości odzyskania z danego przedsiębiorstwa w dowolnym momencie zainwestowanego kapitału. Inwestor może zwykle zbyć instrument kapitałowy na rynku na rzecz osoby trzeciej i w ten sposób zakończyć swoją inwestycję. Standardowe wniesienie kapitału zakładowego odbywa się, przyglądając się dokładnie, w następujący sposób: Inwestor wnosi po stronie aktywów w bilansie majątek (w postaci wkładu gotówkowego albo w formie aportu). Po stronie pasywów odpowiada temu zwykle udział na rzecz inwestora, którym może on dysponować, np. w przypadku spółki akcyjnej są to akcje. Akcje może on odsprzedać osobie trzeciej. W ten sposób inwestor nie może wprawdzie odzyskać początkowo wniesionych aktywów, ponieważ zaliczają się one

⁽⁴⁷⁾ Dokumenty udostępnione przez rząd niemiecki zawierały informacje o podatku dochodowym od osób prawnych w roku 1995 i 1996 w wysokości 42 %, do którego należało doliczyć podatek solidarnościowy w wysokości 7,5 % (razem 49,5 %). W roku 1998 łączne obciążenie podatkowe uległo zmniejszeniu do 47,5 %, a od 2001 roku wynosiło już tylko 30,5 %.

obecnie do obowiązkowego kapitału własnego spółki i nie ma on do nich dostępu. Jednakże może – w zależności od kursu giełdowego – uzyskać ich równowartość, zbywając posiadane akcje. Jego inwestycja kapitałowa uzyskuje w ten sposób płynność. Kraj związkowy nie posiada takiej możliwości z powodu szczególnych okoliczności przeniesienia aktywów funduszu celowego. Komisja nie widzi jednakże powodu dla ustalenia kolejnej marży. Kraj związkowy nie miał wprawdzie możliwości uzyskania równowartości poprzez wolne dysponowanie inwestycją, jednakże przynajmniej zasadniczo istniała możliwość ponownego wydzielenia aktywów funduszu z banku BayernLB na mocy ustawy i uzyskania wyższego zysku z kapitału poprzez ponowną inwestycję w inną instytucję kredytową. Także w tym przypadku porozumienie między BdB, Wolnym krajem związkowym Bawarią i bankiem BayernLB zakłada, że z powodu braku płynności aktywów nie jest konieczna marża.

(169) Komisja uważa ostatecznie za uzasadnioną marżę na zysk z kapitału w wysokości 0,3 % rocznie (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym) za rezygnację z uzupełniających praw głosu.

iv) **Brak zmniejszenia wynagrodzenia z powodu uzgodnienia wynagrodzenia ryczałtowego**

(170) W przypadku akcji wynagrodzenie zależy bezpośrednio od wyników uzyskiwanych przez przedsiębiorstwo i wyraża się przede wszystkim w formie dywidend i udziału w przyroście wartości przedsiębiorstwa (np. wyrażonym we wzroście kursu akcji). Kraj związkowy otrzymuje wynagrodzenie ryczałtowe, którego wysokość ma uwzględniać oba powyższe aspekty wynagrodzenia za „normalne” dokapitalizowanie. Można by argumentować, że stałe wynagrodzenie, które kraj związkowy otrzymuje w miejsce wynagrodzenia bezpośrednio powiązanego z wynikami WestLB, stanowi korzyść dla kraju związkowego, która usprawiedliwia redukcję stopy wynagrodzenia. Czy takie stałe wynagrodzenie jest rzeczywiście korzystniejsze niż zmienne, zależne od zysku, będzie w dużej mierze zależało od wyników przedsiębiorstwa osiągniętych w przyszłości. Jeśli będą one gorsze, wówczas stopa ryczałtowa jest korzystniejsza dla inwestora, przy ich polepszeniu jednakże, przeciwnie, stanowi rozwiązanie niekorzystne. Rzeczywistego rozwoju sytuacji nie można uwzględniać później do oceny decyzji inwestycyjnej. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie jest korzystny dla inwestora, gdyż musi się on zgadzać z ewentualnym pomniejszeniem wynagrodzenia. Biorąc pod uwagę powyższe argumenty, Komisja uważa, że stopa wynagrodzenia nie może zostać zredukowana.

v) **Łączne wynagrodzenie**

(171) Na podstawie powyższych rozważań i w porozumieniu z głównym skarżącym BdB, Wolnym krajem związkowym Bawarią oraz bankiem BayernLB Komisja doszła do wniosku, iż odpowiednie wynagrodzenie za pierwszą transzę kapitału powinno wynosić 6,42 % rocznie (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed

opodatkowaniem podatkiem kapitałowym), to jest 9,87 % zwykłego zysku z tego instrumentu plus marża w wysokości 0,3 % za szczególny charakter transakcji minus 3,75 % z powodu nakładów finansowych, które poniósł BayernLB w związku z brakiem płynności przeniesionych aktywów. Komisja uznała, że odpowiednie wynagrodzenie za drugą transzę powinno wynosić 5,25 % rocznie (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym), to jest 8,00 % normalnego zysku plus marża w wysokości 0,3 % minus 3,05 % w związku z brakiem płynności udostępnionego kapitału.

iv) **Obliczenie minimalnego wynagrodzenia za kapitał w wysokości 1,197 mld DEM do momentu uznania przez BAKred**

(172) Jak przedstawiono powyżej, rezerwa celowa w wysokości 1,197 mld DEM stanowiła dla banku BayernLB wartość materialną już przed uznaniem jej przez BAKred za kapitał podstawowy w rozumieniu przepisów KWG (Prawo bankowe), ponieważ obie transze zostały zbilansowane jako kapitał własny już w momencie wniesienia. Funkcję ekonomiczną powyższego kapitału można porównać z poręczeniem lub gwarancją. Aby podjąć ryzyko tego typu, inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej zażądałby odpowiedniego wynagrodzenia.

(173) Niemcy, podobnie jak uznała to Komisja w przypadku banku WestLB⁽⁴⁸⁾, uważają, że właściwa stopa wyjściowa wynagrodzenia za funkcję gwarancyjną na rzecz banku BayernLB wynosi 0,3 % rocznie przed opodatkowaniem. Natomiast zdaniem Niemiec powody podwyższenia wyjściowej stopy wynagrodzenia wymienione w decyzji nie są właściwe. W przypadku WestLB na wymienioną stopę w wysokości 0,3 % rocznie ustalono marżę (przed opodatkowaniem) w wysokości kolejnych 0,3 % rocznie, ponieważ a) awale (poręczenia wekslowe) zwykle powiązane są z określonymi transakcjami i mają ograniczony czas trwania (tak nie było w przypadku WestLB) oraz b) kwota w wysokości ponad 3,4 mld DEM udostępniona bankowi WestLB jest wyższa niż kwoty, które zwykle pokrywają tego typu poręczenia bankowe.

(174) Biorąc pod uwagę zasadniczą porównywalność przypadków banków WestLB oraz BayernLB oraz z powodu braku innych wyznaczników, Komisja uważa, że taka stopa odpowiada wynagrodzeniu, które BayernLB musiałyby zapłacić na rynku w połowie lat 90-tych za przejście awalu na jego rzecz. Komisja zgadza się wstępnie z opinią Niemiec, iż kwota przeniesionych aktywów jest zdecydowanie niższa w przypadku BayernLB niż banku WestLB, a zatem drugi powód wymieniony w decyzji WestLB nie ma tutaj zastosowania. Funkcja gwarancyjna również w banku BayernLB nie była ograniczona czasowo lub też powiązana z określoną transakcją. Jednakże ograniczenie czasowe wynikało de facto z możliwości wykorzystania całej kwoty na rozszerzenie działalności po uznaniu jej przez BAKred za kapitał podstawowy. W rezultacie oddzielna prowizja za awal stała się zbędna. Wynagrodzenie za funkcję gwarancyjną było zawarte w wynagrodzeniu za funkcję rozsze-

⁽⁴⁸⁾ Decyzja 2000/392/WE.

rzenia działalności. Sytuacja obowiązywania tylko funkcji gwarancyjnej była zatem od początku ograniczona, co odróżnia sytuację banku BayernLB od przypadku banku WestLB.

Komisja jest zdania, iż w przypadku banku BayernLB, w przeciwieństwie do WestLB, marża nie jest uzasadniona i uznaje stopę w wysokości 0,3 % rocznie (przed opodatkowaniem) za odpowiednie wynagrodzenie za funkcję gwarancyjną kapitału od chwili bilansowego wniesienia kapitału na dzień 31 grudnia 1994 r. i 31 grudnia 1995 r. do momentu uznania przez BAKred⁽⁴⁹⁾. Uwzględnienie podatku, przy założeniu podatku od przedsiębiorstw w wysokości 50 % w tamtym okresie czasu⁽⁵⁰⁾, daje stopę w wysokości 0,15 % rocznie. Stopa w wysokości 0,15 % rocznie po opodatkowaniu została wzięta pod uwagę przez strony w tabeli dołączonej do porozumienia, w której obliczono element pomocy.

h) *Zmiana statutu w dniu 5 marca 2004 r.*

(175) Niemcy przedstawiły informację, że z dniem 5 marca 2004 r. wprowadzono zmiany w statucie Bawarskiego Banku Krajowego, zgodnie z którymi na podstawie dodanego § 2 a fundusz celowy wniesiony na dzień 31 grudnia 1994 r. oraz 31 grudnia 1995 r. do Bawarskiego Banku Krajowego, bez uszczerbku dla jego funkcji obowiązkowego kapitału własnego, nie służy już bankowi do zabezpieczenia działalności komercyjnej.

(176) W ten sposób bank nie może od chwili wejścia w życie powyższego postanowienia zabezpieczać ryzykownych aktywów z prowadzonej działalności komercyjnej BayernLB majątkiem celowym. Majątek celowy nie spełnia zatem funkcji rozszerzenia działalności. Kapitał posiada wyłącznie funkcję gwarancyjną.

(177) Zgodnie z umową przedłożoną Komisji, zawartą między Bawiarią oraz bankiem BayernLB, uzgodniono wynagrodzenie za funkcję gwarancyjną w formie prowizji w wysokości 0,3 % rocznie po opodatkowaniu. Zdaniem Niemiec, przytaczających uregulowania dotyczące wynagrodzenia za porównywalną transakcję, mamy do czynienia z wynagrodzeniem rynkowym, które bank BayernLB musiałby zapłacić obecnie na rynku za przejęcie awalu. Niemcy zauważyły ponadto, że w przypadku banku BayernLB wynagrodzenie za fundusz celowy podatkowo należy przyporządkować do podziału zysku, tym samym nie może zostać zaliczone do kosztów działalności. W związku z tym wynagrodzenie należy zapłacić po opodatkowaniu (netto).

⁽⁴⁹⁾ Jak powyżej wspomniano, w przypadku funkcji gwarancyjnej decydujący nie jest moment zatwierdzenia bilansu sporządzonego na dzień 31 grudnia danego roku obrotowego. Raczej należy się kierować rzeczywistym wniesieniem kapitału (patrz przypis 41).

⁽⁵⁰⁾ Patrz przypis 49.

(178) Komisja zgadza się ze zdaniem Niemiec, iż prowizja w wysokości 0,3 % rocznie po opodatkowaniu stanowi odpowiednią kwotę. Komisja przyjmuje niniejszym także stopę wyjściową w wysokości 0,3 % rocznie przed opodatkowaniem dla ocenianej transakcji. Komisja nie widzi podstaw, które mogłyby w ostatnich latach doprowadzić do zmiany stopy wyjściowej w wysokości 0,3 % rocznie przed opodatkowaniem, jaką przyjęto w decyzji dotyczącej WestLB 2000/392/WE oraz również w niniejszym przypadku za odpowiednie wynagrodzenie za udostępniony kapitał do chwili uznaniu przez BAKred za kapitał podstawowy. Niemcy również nie przytoczyły żadnych kontrargumentów. Niemniej jednak, uwzględniając przynajmniej⁽⁵¹⁾ okoliczność bezterminowego udostępnienia kapitału bankowi BayernLB na cele gwarancyjne, zgodnie z metodą przyjętą w decyzji dotyczącej WestLB, marża w wysokości co najmniej 0,15 % rocznie przed opodatkowaniem jest uzasadniona. Przy czym należy uwzględnić, że stopy podatku od przedsiębiorstw były w roku 2004 zdecydowanie niższe niż w latach dziewięćdziesiątych⁽⁵²⁾. Ocena powzięta po opodatkowaniu prowadzi zatem do wniosku, że Komisja może zaakceptować wybrany sposób obliczenia wynagrodzenia w wysokości 0,3 % po opodatkowaniu.

(179) Komisja uznaje, że wraz z nową regulacją dotyczącą pozostania funduszu celowego w banku badana pomoc państwa została zniesiona w dniu 5 marca 2004, czyli w dniu wejścia w życie statutu, a wynagrodzenie w wysokości 6,42 % rocznie po opodatkowaniu (pierwsza transza) oraz 5,25 % rocznie po opodatkowaniu (druga transza) uznane przez Komisję za odpowiednie należy zapłacić wyłącznie do tego dnia.

i) *Element pomocy*

(180) Zgodnie z powyższymi obliczeniami Komisja uważa, że wynagrodzenie płacone przez BayernLB za fundusz celowy, uznany przez BAKred w wysokości wartości gotówkowej za kapitał podstawowy, wynosi 6,42 % rocznie za pierwszą transzę (31 grudnia 1994 r.) oraz 5,25 % rocznie za drugą transzę (31 grudnia 1995 r.), w każdym z tych przypadków od końca miesiąca uznania za kapitał podstawowy przez BAKred (za kwotę w wysokości 655 mln DEM od 31 maja 1996 r. oraz za łączną kwotę w wysokości 1,197 mld DEM od 31 grudnia 1996 r.). Podstawą obliczenia wynagrodzenia jest łączna wartość gotówkowa funduszu celowego (rezerwy celowej), uznana przez BAKred za kapitał podstawowy. W latach 1998 i 1999, w których wartość gotówkowa kwoty uznanej przez BAKred rzeczywiście spadała z powodu wahań, należy przyjąć wyłącznie mniejszą wartość gotówkową jako podstawę obliczeń.

⁽⁵¹⁾ Komisja zdaje sobie sprawę, że wysokość kwoty udostępnionej na cele gwarancyjne, wymienionej w decyzji WestLB 2000/392/WE jako kolejny powód podwyższenia, jest niższa w przypadku banku BayernLB, a więc ma tutaj mniejsze znaczenie.

⁽⁵²⁾ Zgodnie z dokumentami przedstawionymi przez rząd niemiecki, podatek dochodowy od osób prawnych wynosił w 1995 i 1996 roku 42 %, do którego dochodził podatek solidarnościowy w wysokości 7,5 % (a więc razem 49,5 %). Stopa podatkowa zmniejszyła się w 1998 roku do 47,5 %. Od 2001 roku stopa podatkowa wynosiła już tylko 30,5 %.

- (181) Powyższe wynagrodzenie powinno zostać zapłacone od momentu uznania przez BAKred do zniesienia pomocy w dniu 5 marca 2004 r.
- (182) Komisja uznaje ponadto, że wynagrodzenie w wysokości 0,15 % rocznie po opodatkowaniu, które należy zapłacić za kwotę rezerwy celowej wykazanej w bilansie już jako kapitał własny, ale jeszcze nieuznanej przez BAKred za kapitał podstawowy, to jest 655 mln DEM do uznania pierwszej transzy w dniu 8 maja 1996 r. oraz 542 mln DEM do uznania drugiej transzy w dniu 20 grudnia 1996 r., jest zgodne z rynkowym.
- (183) Bank BayernLB płaci obecnie wynagrodzenie w wysokości 0,6 % rocznie (po opodatkowaniu), i to wyłącznie za kwotę, którą rzeczywiście wykorzystuje jako zabezpieczenie ryzykownych aktywów. To wynagrodzenie zapłacono w roku 1996 w jednej transzy w wysokości 7 000 DEM. Komisja akceptuje ponadto zapłaconą przez BayernLB opłatę za poręczenie jako dodatkowe wynagrodzenie na rzecz kraju związkowego (patrz pkt 131).
- (184) Element pomocy stanowi różnicę między rzeczywistymi płatnościami a płatnościami zgodnymi z warunkami rynkowym. Element pomocy udostępniony został beneficjentowi w dniu, w którym należało zapłacić wynagrodzenie. Zgodnie z umowami o transferach jest to data zatwierdzenia bilansu za dany rok obrotowy.

(185) Tabela 2: Obliczenie elementu pomocy:

		1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
	Transza 1										
1	udostępniona na cele gwarancyjne (od-do):	01.01.-31.12.	01.01.-31.05.								
2	udostępniona na cele gwarancyjne (DEM):	655 000 000	655 000 000								
3	udostępniona na cele rozszerzenia działalności (od-do):		01.06.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-05.03.
4	udostępniona na cele rozszerzenia działalności (DEM):		655 000 000	655 000 000	[...]	[...]	655 000 000	655 000 000	655 000 000	655 000 000	655 000 000
	Transza 2										
5	udostępniona na cele gwarancyjne (od-do):		01.01.-31.12.								
6	udostępniona na cele gwarancyjne (DEM):		542 000 000								
7	udostępniona na cele rozszerzenia działalności (od-do):			01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-05.03.
8	udostępniona na cele rozszerzenia działalności (DEM):			542 000 000	[...]	[...]	542 000 000	542 000 000	542 000 000	542 000 000	542 000 000
Obliczenie elementu pomocy											
9	Wynagrodzenie w wysokości 0,15 % po opodatkowaniu za 2 (DEM)	982 500	408 033								
10	Wynagrodzenie w wysokości 6,42 % po opodatkowaniu za 4. (DEM)		24 587 197	42 051 000	[...]	[...]	42 051 000	42 051 000	42 051 000	42 051 000	7 468 074
	<i>Suma pośrednia: Wynagrodzenie za pierwszą transzę (DEM)</i>	982 500	24 995 230	42 051 000	[...]	[...]	42 051 000	42 051 000	42 051 000	42 051 000	7 468 074
11	Wynagrodzenie w wysokości 0,15 % po opodatkowaniu za 6 (DEM)		813 000								

		1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
12	Wynagrodzenie w wysokości 5,25 % po opodatkowaniu za 8 (DEM)			28 455 000	[...]	[...]	28 455 000	28 455 000	28 455 000	28 455 000	5 053 484
	<i>Suma pośrednia: Wynagrodzenie za drugą transzę (DEM)</i>	0	813 000	28 455 000	[...]	[...]	28 455 000	28 455 000	28 455 000	28 455 000	5 053 484
13	Suma wynagrodzeń (DEM)	982 500	25 808 230	70 506 000	[...]	[...]	70 506 000	70 506 000	70 506 000	70 506 000	12 521 557
14	już opłacone wynagrodzenie (DEM)	1 722 080	2 249 846	2 217 376	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	
	w tym: opłata za poręczenie *) (po opodatkowaniu) w DEM	1 722 080	2 242 846	2 217 376	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	
	w tym: prowizja gwarancyjna (po opodatkowaniu) w DEM		7 000								
15	Element pomocy (13 – 14) – DEM	- 739 580	23 558 383	68 288 624	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
16	Suma elementów pomocy – DEM										509 453 993
	Suma elementów pomocy – po przeliczeniu na EUR										260 479 690

Od 1 stycznia 1999 DEM przeliczana jest na EUR na podstawie kursu 1,95583. Dane należy odpowiednio przeliczyć na EUR.

Zmniejszenia wartości gotówkowej w latach 1998 i 1999 zostały zryczałtowane w obu transzach w stosunku do wartości gotówkowej. przyporządkowane transzom ryczałtowo w stosunku do wartości gotówkowej.

1.3. ZAKŁÓCENIE KONKURENCJI ORAZ WPŁYW NA WYMIANĘ HANDLOWĄ MIĘDZY PAŃSTWAMI CZŁONKOWSKIMI

- (186) Wskutek liberalizacji usług finansowych oraz integracji rynków finansowych sektor bankowy na obszarze Wspólnoty narażony jest coraz bardziej na zakłócenia konkurencji. Sytuacja ta zaostrza się obecnie w ramach unii gospodarczo-walutowej, która ma przyczynić się do zniesienia pozostałych przeszkód dla konkurencyjności na rynkach usług finansowych.
- (187) Będący beneficjentem bank BayernLB prowadzi działalność bankową zarówno regionalnie, jak i w skali międzynarodowej. Bank BayernLB uważa się za uniwersalny bank komercyjny, bank centralny dla kas oszczędnościowych oraz bank kraju związkowego i jego gmin. Pomimo nazwy, tradycji oraz zadań uregulowanych ustawowo, bank BayernLB w żadnym razie nie jest jedynie bankiem lokalnym lub regionalnym.
- (188) Fakty pokazują, że bank BayernLB świadczy usługi bankowe, konkurując z innymi bankami europejskimi poza Niemcami oraz, jako że banki z innych państw europejskich prowadzą swoją działalność w Niemczech, na terenie Niemiec
- (189) Należy także zwrócić uwagę na ścisłe powiązanie między kapitałem własnym instytucji kredytowej i jego działalnością bankową. Tylko przy pomocy wystarczających zasobów uznanego kapitału własnego bank może prowadzić oraz rozszerzać działalność komercyjną. BayernLB został wyposażony w taki kapitał własny na cele wypłacalności wskutek podjęcia przez państwo środka pomocy, co bezpośrednio wpłynęło na możliwości transakcyjne banku.
- (190) Stwierdza się zatem, że pomoc przeznaczona dla banku BayernLB zakłóca konkurencję i wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.

1.4. WYNIK

- (191) Na podstawie powyższych rozważań można stwierdzić, że zostały spełnione wszystkie kryteria art. 87 ust. 1 Traktatu WE. Różnica między uzgodnionym wynagrodzeniem w wysokości 0,6 % rocznie oraz opłatą za poręczenie w wysokości 0,05 % rocznie a właściwym wynagrodzeniem w wysokości 6,42 % rocznie (pierwsza transza) i 5,25 % rocznie (druga transza) (obie po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym) za przeniesiony kapitał, z którego bank BayernLB mógł korzystać do dnia 5 marca 2004 r. na zabezpieczenie działalności komercyjnej, oraz 0,15 % rocznie (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym) za część majątku równoznaczną z poręczeniem, stanowią pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE.

2. ZGODNOŚĆ ZE WSPÓLNYM RYNKIEM

- (192) W dalszej kolejności należy sprawdzić, czy pomoc można uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem. Żadne odstępstwo określone w art. 87 ust. 2 Traktatu WE nie znajduje w powyższej sytuacji zastosowania. Pomoc nie ma

charakteru socjalnego, ani nie została przyznana indywidualnym konsumentom. Nie miała ona także na celu naprawienia szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi lub innym zdarzeniami nadzwyczajnymi, ani skompensowania niekorzystnych skutków gospodarczych spowodowanych podziałem Niemiec.

- (193) Pomoc nie ma celu wspierania regionów – nie jest przeznaczona ani na sprzyjanie rozwojowi gospodarczemu regionów, w których poziom życia jest nienormalnie niski lub regionów, w których istnieje poważny stan niedostatecznego zatrudnienia, ani na ułatwianie rozwoju niektórych regionów gospodarczych – dlatego nie ma zastosowania ani art. 87 ust. 3 lit. a), ani aspekt regionów gospodarczych wymieniony w art. 87 ust. 3 lit. c) Traktatu WE. Pomoc nie jest przeznaczona na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania. Wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturowego także nie stanowią celu pomocy.
- (194) Kontynuacja działalności banku BayernLB również nie była zagrożona w momencie przeprowadzania wymienionego działania, dlatego nie pojawiła się kwestia, czy bankructwo jednego z dużych banku, jakim jest BayernLB w Niemczech, mogłoby doprowadzić do kryzysu sektora bankowego, co z kolei na podstawie art. 87 ust. 3 lit. b) Traktatu WE mogłoby uzasadniać przyznanie pomocy w celu zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce Niemiec.
- (195) Zgodnie z art. 87 ust. 3 lit. c) Traktatu WE za zgodną ze wspólnym rynkiem może zostać uznana pomoc państwa przeznaczona na sprzyjanie rozwojowi niektórych regionów gospodarczych. Zasadniczo może to także odnosić się do pomocy na restrukturyzację w sektorze bankowym. W omawianym przypadku jednakże brak przesłanek koniecznych do zastosowania powyższego odstępstwa. Banku BayernLB nie można uznać za przedsiębiorstwo w trudnej sytuacji, które musi otrzymać pomoc państwa dla odzyskania rentowności.
- (196) Art. 86 ust. 2 Traktatu WE, który dopuszcza w określonych wyjątkowych sytuacjach odstępstwa od przepisów Traktatu o pomocy państwa, zasadniczo dotyczy także sektora usług finansowych. Komisja potwierdziła powyższe stwierdzenie w sprawozdaniu pt. „Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym przez sektor bankowy”⁽⁵³⁾. W niniejszym przypadku nie zostały jednak spełnione przesłanki formalne: Nie zostały ustalone ani zadania, które bank BayernLB miałby wykonywać w ramach świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, ani koszty tej działalności. W związku z tym jest jasne, że przeniesienie majątku nie ma żadnego związku z jakimikolwiek usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym i miało na celu umożliwienie bankowi BayernLB spełnienie nowych wymogów kapitałowych. Dlatego w omawianym przypadku nie ma zastosowania także to odstępstwo.
- (197) Ponieważ żadne z odstępstw od zasady zakazu pomocy państwa zgodnie z art. 87 ust. 1 Traktatu WE nie znajduje zastosowania, niniejszej pomocy państwa nie można uznać za zgodną z Traktatem.

⁽⁵³⁾ Powyższe sprawozdanie przedłożono Radzie ds. Gospodarczych i Finansowych w dniu 23 listopada 1998 roku, ale nie zostało ono opublikowane. Powyższe sprawozdanie można otrzymać w Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji, oraz przeczytać na stronie internetowej Komisji.

3. BRAK POMOCY

- (198) Wbrew temu, co twierdziły Niemcy, nie można powiedzieć, że wniesiony kapitał mieści się w istniejącym systemie pomocy poręczeń państwowych dla „odpowiedzialności instytucji” (Anstaltslast) i dla „odpowiedzialności gwaranta” (Gewährträgerhaftung), lecz należy go postrzegać jako nową pomoc.
- (199) Po pierwsze przesłanki stanu nieograniczonej odpowiedzialności udziałowców banku za zobowiązania wierzycieli (Gewährträgerhaftung), jeżeli majątek banku nie jest wystarczający do ich zaspokojenia, od początku nie były spełnione. Wniesienie kapitału nie ma nic wspólnego ani z zaspokojeniem wierzycieli banku krajowego, ani też majątek banku krajowego nie był wyczerpany.
- (200) Po drugie nie ma zastosowania także „odpowiedzialność instytucji” (Anstaltslast). Poręczenie państwowe Anstaltslast zobowiązuje udziałowca (Anstaltsträger), czyli kraj związkowy Bawarię, do zapewnienia bankowi BayernLB środków koniecznych do prowadzenia działalności, jeżeli zdecyduje on, że bank ma kontynuować działalność. Jednak w momencie wniesienia kapitału bank BayernLB w żadnym wypadku nie był w sytuacji, w której prowadzenie prawidłowej działalności nie byłoby możliwe na przykład z braku wystarczających środków. Wniesiony kapitał nie był więc konieczny do zapewnienia prawidłowej działalności banku kraju związkowego. Miał on raczej na celu umożliwienie „kontynuacji przynoszącej dochody działalności” w obliczu wejścia w życie w dniu 30 czerwca 1993 r. zastrzonych przepisów dotyczących kapitału podstawowego/wskaźników zasobów własnych. Dzięki niemu bank krajowy mógł raczej, uwzględniając świadomą kalkulację ekonomiczną przeprowadzoną przez kraj związkowy jako (współ-)właściciela, także w przyszłości korzystać z szans pojawiających się na rynku w ramach gry konkurencyjnej. Do takiej normalnej, ekonomicznej decyzji kraju związkowego jako (współ-)właściciela nie ma zastosowania „szczególna regulacja” poręczenia państwowego Anstaltslast. Z braku innych reguł pomocy państwa, które można by zastosować zgodnie z art. 87 ust. 1, art. 88 ust. 1 Traktatu WE, wniesienie kapitału należy uznać za nową pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1, art. 88 ust. 3 Traktatu WE i odpowiednio zbadać.

X. WNIOSEK

- (201) Komisja stwierdza, że Niemcy przyznały niedozwoloną nową pomoc państwa, naruszając art. 88 ust. 3 Traktatu WE.

(202) Pomocy nie można uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem ani na podstawie art. 87 ust. 2 lub ust. 3, ani na podstawie żadnego innego postanowienia Traktatu WE. Pomoc uznaje się za niezgodną ze wspólnym rynkiem, a wielkość niedozwolonej pomocy musi zostać zwrócona przez Niemcy,

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

Pomoc państwa przyznana przez Niemcy na rzecz Bayerische Landesbank – Girozentrale, w okresie od 31 grudnia 1994 r. do 5 marca 2004 r. w wysokości 260 479 690 EUR jest niezgodna ze wspólnym rynkiem.

Artykuł 2

Niemcy podejmą wszystkie konieczne działania, aby odzyskać od beneficjenta niedozwoloną pomoc, o której jest mowa w art. 1..

Artykuł 3

Windykacja pomocy nastąpi niezwłocznie i według procedur przewidzianych w prawie narodowym, o ile umożliwiają one natychmiastowe i skuteczne wykonanie niniejszej decyzji.

Kwota pomocy podlegająca windykacji zostanie zwiększona o odsetki, które zostaną obliczone od dnia udostępnienia bezprawnej pomocy beneficjentowi do jej rzeczywistego zwrotu.

Odsetki zostaną obliczone zgodnie z postanowieniami rozdziału V rozporządzenia Komisji (WE) nr 794/2004 ⁽ⁱ⁾.

Artykuł 4

W terminie dwóch miesięcy od daty ogłoszenia niniejszej decyzji Niemcy poinformują Komisję przy pomocy załączonego kwestionariusza o środkach podjętych celem wykonania decyzji.

Artykuł 5

Niniejsza decyzja skierowana jest do Republiki Federalnej Niemiec.

Bruksela, dnia 20 października 2004 r.

W imieniu Komisji

Mario MONTI

Członek Komisji

⁽ⁱ⁾ Dz.U. L 140 z 30.4.2004, str. 1.

ZAŁĄCZNIK

INFORMACJE DOTYCZĄCE WYKONANIA DECYZJI KOMISJI

1. **Obliczenie kwoty podlegającej zwrotowi**

- 1.1. Prosimy o przedłożenie następujących danych szczegółowych dotyczących wysokości kwoty niedozwolonej pomocy, którą udostępniono beneficjentowi:

Data płatności ^(°)	Wysokość pomocy ^(*)	Waluta	Nazwa beneficjenta

^(°) Data udostępnienia pomocy lub poszczególnych rat pomocy beneficjentowi (jeśli środek pomocy składa się z kilku rat oraz wynagrodzeń, należy wymienić je w oddzielnych wierszach)

^(*) Wysokość przyznanej beneficjentowi pomocy (ekwiwalent pomocy brutto)

Uwagi:

- 1.2. Prosimy o dokładne wyjaśnienie sposobu wyliczenia odsetek, które należy zapłacić od pomocy podlegającej windykacji.

2. **Działania już podjęte lub zaplanowane w celu windykacji pomocy państwa**

- 2.1. Prosimy o dokładne opisanie, jakiego rodzaju działania zostały podjęte oraz jakie zaplanowano, aby przeprowadzić bezpośrednią i skuteczną windykację pomocy państwa. Prosimy także o wyjaśnienie, jakie istnieją działania alternatywne na podstawie prawa narodowego w celu przeprowadzenia windykacji. Prosimy o podanie podstawy prawnej do przeprowadzonych/zaplanowanych działań, o ile ona istnieje.

- 2.2. Proszę podać, w jakim terminie nastąpi zakończenie windykacji pomocy.

3. **Windykacja przeprowadzona**

- 3.1. Prosimy o przedłożenie następujących danych szczegółowych dotyczących pomocy, która została już odzyskana od beneficjenta:

Data ^(°)	zwrócona kwota	Waluta	Nazwa beneficjenta

^(°) Data zwrotu pomocy

- 3.2. Prosimy o załączenie dokumentów potwierdzających zwrot kwot pomocy, które wymieniono w powyższej tabeli w punkcie 3.1.

DECYZJA KOMISJI**z dnia 20 października 2004 r.****w sprawie przyznania przez Niemcy pomocy na rzecz Hamburgische Landesbank – Girozentrale, obecnie HSH Nordbank AG**

(notyfikowana jako dokument nr C(2004) 3928)

(Jedynie tekst w języku niemieckim jest autentyczny)

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(2006/740/WE)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, w szczególności jego art. 88 ust. 2 akapit pierwszy,

uwzględniając Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym, w szczególności jego art. 62 ust. 1 lit. a),

po wezwaniu Państwa Członkowskiego i innych zainteresowanych stron zgodnie z powyższymi postanowieniami do przedstawienia uwag ⁽¹⁾, i uwzględniając te uwagi,

a także mając na uwadze, co następuje:

I. PROCEDURA

- (1) Przedmiotem postępowania jest przeniesienie udziałów w Instytucji Kredytującej Budownictwo Mieszkaniowe (Wohnungsbaukreditanstalt zwanej dalej „WK”) do Hamburgskiego Banku Krajowego – Centrali Żyrowej (Hamburgische Landesbank – Girozentrale – zwany dalej „HLB”) przez Wolne Hanzeatyckie Miasto Hamburg („FHH”). Postępowanie jest powiązane z sześcioma podobnymi postępowaniami toczącymi się przeciw Niemcom z powodu przeniesienia aktywów do banków krajów związkowych, szczególnie do Zachodnioniemieckiego Banku Krajowego (Westdeutsche Landesbank Girozentrale, dalej zwanego „WestLB”).
- (2) Komisja przekazała Niemcom w dniu 12 stycznia 1993 r. zapytanie dotyczące okoliczności i przyczyn podwyższenia kapitału banku WestLB w wyniku włączenia Instytucji Wspierającej Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego (Wohnungsbauförderanstalt, dalej zwanej „Wfa”) oraz o podobnych podwyższeniach środków własnych banków krajów związkowych w innych krajach związkowych. Niemcy przekazały odpowiedź w pismach z marca i września 1993 r., a na dalsze zapytania Komisji z dnia 10. listopada i 13. grudnia 1993 r. przekazały kolejne informacje w marcu 1994 r. W odpowiedziach Niemiec, oprócz informacji odnośnie do przeniesienia Wfa do WestLB, wspomniano podobne przeniesienia, które miały miejsce w Dolnej Saksonii, Berlinie i Szlezwiku-Holsztynie.
- (3) W pismach z dnia 31 maja 1994 r. i 21 grudnia 1994 r. *Federalne Zrzeszenie Niemieckich Banków* (Bundesverband

deutscher Banken e.V. – zwane dalej „BdB”), które reprezentuje banki prywatne mające siedziby na terenie Niemiec, poinformowało Komisję m.in. o tym, że FHH ze skutkiem na dzień 1 stycznia 1986 r. oraz ze skutkiem na dzień 1 stycznia 1993 r. bezpośrednio lub pośrednio przeniosło udziały w WK do HLB. BdB uważa powstałe w ten sposób podwyższenie środków własnych HLB za zakłócenie konkurencji na korzyść HLB, ponieważ nie uzgodniono wynagrodzenia zgodnego z zasadą inwestora rynkowego.

- (4) W drugim z wymienionych pism BdB złożyło formalną skargę i wezwało Komisję do wszczęcia procedury zgodnie z art. 93 ust. 2 Traktatu WE (obecnie art. 88 ust. 2). Skarga dotyczyła ponadto podobnych przeniesień aktywów w Nadrenii Północnej-Westfalii, Dolnej Saksonii, Szlezwiku-Holsztynie, Berlinie i Bawarii na rzecz banków tych krajów związkowych, tj. Westdeutsche Landesbank, Norddeutsche Landesbank, Landesbank Schleswig-Holstein („LSH”), Landesbank Berlin oraz Bayerische Landesbank. W lutym i marcu 1995 r. oraz w grudniu 1996 r. do skargi Zrzeszenia przyłączyło się więcej banków.
- (5) Komisja zbadała najpierw przeniesienie aktywów do banku WestLB. Decyzją 2000/392/WE ⁽²⁾ Komisja uznała w 1999 r. różnicę między zapłaconym wynagrodzeniem a zyskiem z kapitału na poziomie rynkowym za niezgodną ze wspólnym rynkiem oraz nakazała windykację pomocy. Sąd Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich uchylił powyższą decyzję w orzeczeniu z dnia 6 marca 2003 r. ⁽³⁾ z powodu niewystarczającego uzasadnienia dwóch elementów zastosowanych do obliczenia wysokości wynagrodzenia, poza tym potwierdził ją jednak w całości. W tym samym czasie, w którym wydano niniejszą decyzję, Komisja wydała nową decyzję w sprawie WestLB uwzględniającą zastrzeżenia Sądu.
- (6) W dniu 1 września 1999 r. Komisja wystąpiła do Niemiec z wnioskiem o udzielenie informacji o poszczególnych przeniesieniach do innych banków krajów związkowych, w tym również do banku HLB. Niemcy przesłały w związku z tym w piśmie z dnia 8 grudnia 1999 r. informacje dotyczące przeniesienia WK do banku HLB, które uzupełniono pismem z dnia 22 stycznia 2001 r.

⁽²⁾ Dz.U. L 150 z 23.6.2000, str. 1.⁽³⁾ Zb. Orz. 2003, str. II-435.⁽¹⁾ Dz.U. C 81 z 4.4.2003, str. 24.

- (7) W piśmie z dnia 13 listopada 2002 r. Komisja przekazała Niemcom swoją decyzję o wszczęciu formalnej procedury zgodnie z art. 88 ust. 2 Traktatu WE w związku z udzieloną pomocą.
- (8) Po przedłożeniu wniosku o przedłużenie terminu i uzyskaniu zgody, Niemcy przedłożyły swoje uwagi w pismach z dnia 14 kwietnia 2003 r. oraz 15 maja 2003 r. oraz udzieliły dodatkowych informacji. Dalsze kwestie zostały omówione na spotkaniach z przedstawicielami władz niemieckich dnia 26 czerwca 2003 r. Po wystąpieniu przez Komisję z ponownym wnioskiem o udzielenie informacji, Niemcy przekazały dodatkowe informacje w dniu 29 sierpnia 2003 r.
- (9) Decyzja Komisji o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego została opublikowana w dniu 4 kwietnia 2003 r. w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ⁽⁴⁾, aby zainteresowane strony mogły przedstawić swoje uwagi. Komisja otrzymała uwagi BdB, które przekazała Niemcom, aby mogły na nie odpowiedzieć. W dniu 30 października 2003 r. Niemcy przekazały uwagi odnośnie do twierdzeń BdB.
- (10) W piśmie z dnia 7 kwietnia 2004 r. Komisja poprosiła Niemcy o dodatkowe informacje odnośnie do wszystkich postępowań dotyczących banków krajów związkowych i otrzymała odpowiedzi w pismach z dnia 1 oraz 2 czerwca 2004 r. oraz z dnia 28 czerwca 2004 r. W dniu 1 października 2004 r. Niemcy przekazały zaktualizowane dane oraz informacje uzupełniające.
- (11) W związku z przeprowadzonym w dniu 2 czerwca 2003 r. połączeniem banku HLB z bankiem LSH, w wyniku którego powstał HSH Nordbank, udziały, które bank HLB posiadał w WK, zostały ponownie przeniesione do FHH.
- (12) W dniu 19 lipca 2004 r. główny skarżący BdB, kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia oraz bank WestLB przekazały tymczasowe porozumienie w sprawie odpowiedniego wynagrodzenia za przeniesione aktywa. Ich zdaniem wynagrodzenie to powinno stanowić podstawę do decyzji Komisji. W dniu 13 października 2004 r. Komisja otrzymała ostateczną wersję wspomnianego porozumienia. W dniu 29 września 2004 r. również BdB, FHH oraz HSH Nordbank, który powstał w 2003 r. w wyniku połączenia banku HLB oraz Banku Kraju Związkowego Szlezwik-Holsztyn (LSH), przedłożyły tymczasowe porozumienie w sprawie odpowiedniego wynagrodzenia za przeniesione aktywa funduszu celowego. Następnie Komisja otrzymała kolejne pisma od ww. zainteresowanych stron oraz od Niemiec. W dniu 14 października 2004 r. Komisja otrzymała ostateczną wersję porozumienia w sprawie przeniesienia aktywów funduszu celowego do banku HLB.
- II. SZCZEGÓŁOWY OPIS POMOCY**
- HAMBURSKI BANK KRAJOWY – CENTRALA ŻYROWEJ („HLB”)**
- (13) W czasie przeniesienia bank HLB był instytucją prawa publicznego utworzoną w 1938 r. na mocy dekretu. Dekret zastąpiono w 1993 r. Ustawą w sprawie Hamburgskiego Banku Krajowego – Centrali Żyrowej (Gesetz über die Hamburgische Landesbank – Girozentrale), którą w 1997 r. znowelizowano w związku z częściową sprzedażą tego banku Bankowi Kraju Związkowego Szlezwik-Holsztyn Centrali Żyrowej („LSH”) ⁽⁵⁾. Do tego czasu FHH było jedynym udziałowcem oraz poręczycielem państwowym zobowiązany do zapewnienia płynności oraz ponoszącym nieograniczoną odpowiedzialność za zobowiązania (Anstalts- und Gewährträger) banku HLB. Kolejnym udziałowcem banku HLB obok FHH został w 1997 r. bank LSH. Obu udziałowców miało po 49,5 % udziałów w HLB. Oprócz tego spółka HLB-Beteiligungsgesellschaft mbH („HLB-BG”), kontrolowana przez FHH oraz jego spółkę holdingową Hamburger Gesellschaft für Beteiligungsverwaltung mbH („HGV”), poprzez nietypową cichą spółkę posiadała faktyczny udział w wysokości 1 %.
- (14) W dniu 2 czerwca 2003 r. (podatkowo i bilansowo ze skutkiem na dzień 1 stycznia 2003 r.) w wyniku połączenia banków HLB oraz LSH powstał HSH Nordbank AG. Właścicielami są FHH z udziałem ponad 35 %, kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn z udziałem prawie 20 %, bank WestLB z udziałem prawie 27 % oraz Związek Kas Oszczędnościowych i Żyrowych Szlezwiku-Holsztynu z udziałem ponad 18 %. Posiadając sumę bilansową w wysokości 180 mld EUR oraz łącznie 4500 pracowników, ten powstały w wyniku połączenia bank jest jedną z większych instytucji kredytowych w Niemczech.
- (15) W czasie, kiedy dokonywano obydwu przeniesień, bank HLB wykazywał sumę bilansową w wysokości odpowiednio 36,5 mld DEM (1986 r.) oraz prawie 60 mld DEM (1992 r.). W roku 2002, bezpośrednio poprzedzającym połączenie, w wyniku którego powstał HSH Nordbank, suma bilansowa koncernu HLB wynosiła prawie 93 mld EUR (koncern), a współczynnik środków własnych 11 %. W tym samym roku koncern zatrudniał 2700 pracowników.
- (16) Jako bank państwowy HLB obsługiwał transakcje bankowe FHH oraz należących do niego osób prawnych prawa publicznego i prywatnego. Działalność komercyjna banku HLB obejmowała przede wszystkim finansowanie budowy statków oraz finansowanie nieruchomości, obsługę klientów korporacyjnych i indywidualnych oraz transakcje na międzynarodowych rynkach kapitałowych. Zgodnie z własnymi danymi HSH Nordbank, obecnie jest on wiodącą światową instytucją finansującą budowę statków.
- PRZENIESIENIE UDZIAŁÓW W WK DO HLB**
- (17) Na mocy art. 1 Ustawy o zmianie struktury poręczycieli państwowych Hamburgskiej Instytucji Kredytującej Budownictwo Mieszkaniowe (Gesetz zur Änderung der Trägerschaft der Hamburgischen Wohnungsbaukreditanstalt) z dnia 1 lipca 1986 r. FHH przeniosło ze skutkiem na dzień 1 stycznia 1986 r. 24 % kapitału podstawowego i celowego w WK do banku HLB. Zgodnie z umową o wniesieniu kapitału zawartą między FHH a HLB dnia 10 lipca 1986 r. wniesienie to było środkiem służącym podwyższeniu kapitału.
- (18) Na mocy Ustawy o zwiększeniu kapitału Hamburgskiego Banku Krajowego – Centrali Żyrowej („Gesetz zur Verstärkung des Kapitals der Hamburgischen Landesbank –

⁽⁴⁾ Patrz przypis 1.

⁽⁵⁾ Bank LSH jest posiadającą zdolność prawną instytucją prawa publicznego, jej suma bilansowa wynosi 100 mld EUR, w 1998 r. zatrudniała ok. 2000 pracowników. Właścicielami banku LSH są od 1994 r. bank WestLB (39,9 %), kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn (25,05 %), Związek Kas Oszczędnościowych i Żyrowych Szlezwika-Holsztynu (25,05 %) oraz Bank Kraju Związkowego Badenia-Wirtembergia (10 %).

Girozentrale”) z dnia 22 grudnia 1992 r. FHH przeniosło ze skutkiem na dzień 1 stycznia 1993 r. kolejne 38 % udziałów w WK do HGV oraz pozostałe udziały w wysokości 38 % bezpośrednio do HLB. HGV, która jest spółką holdingową FHH, posiadała w ten sposób udziały w HLB w formie typowego cichego udziału w wysokości 19,86 % przeniesionych do niej udziałów. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy FHH wniosło zatem łącznie 81,86 % swoich udziałów w WK, częściowo bezpośrednio, a częściowo pośrednio, do HLB.

- (19) Ponadto umowa o wniesieniu kapitału z dnia 22 grudnia 1992 r. przewidywała opcję kupna (opcję call), zgodnie z którą FHH mogło w każdej chwili zażądać od banku kraju związkowego przeniesienia wniesionych bezpośrednio udziałów w WK na siebie lub na wyznaczoną przez niego stronę trzecią. Opcja ta obejmowała również prawo do zwrotu udziałów wniesionych w 1986 r., co zostało uregulowane w załączniku do umowy (tzw. „sideletter”) z dnia 22 grudnia 1992 r. W przypadku zwrotu należy zapłacić równowartość udziałów WK na podstawie wyceny w formie ekspertyzy przeprowadzonej dla roku obrotowego przed zwrotem. W aneksie do umowy z dnia 22 grudnia 1992 r., który zawarto dnia 21 kwietnia 1997 r., ustalono, że w przypadku zwrotu wzrost cichych rezerw osiągnięty w wyniku zmiany systemu wspierającego WK zostanie przypisany nie HLB, lecz FHH.

WYMAGANIA KAPITAŁOWE ZGODNIE Z DYREKTYWĄ
W SPRAWIE FUNDUSZY WŁASNYCH ORAZ DYREKTYWĄ
W SPRAWIE WSKAŹNIKA WYPŁACALNOŚCI

- (20) Zgodnie z dyrektywą Rady 89/647/EWG z dnia 18 grudnia 1989 r. w sprawie wskaźnika wypłacalności instytucji kredytowych ⁽⁶⁾ (zwaną dalej „dyrektywą w sprawie wskaźnika wypłacalności”) oraz dyrektywą Rady 89/299/EWG z dnia 17 kwietnia 1989 r. w sprawie funduszy własnych instytucji kredytowych ⁽⁷⁾ (zwaną dalej „dyrektywą w sprawie funduszy własnych”), na mocy których znowelizowano ustawę o prawie bankowym („KWG” – Kreditwesengesetz), banki powinny posiadać obowiązkowy kapitał w wysokości 8 % ich aktywów ważonych ryzykiem. Z tego przynajmniej 4 punkty procentowe muszą przypadać na tak zwany kapitał podstawowy (kapitał „pierwszej kategorii”) obejmujący składniki kapitałowe, którymi instytucja kredytowa może nieograniczenie dysponować i użyć ich bezpośrednio do pokrycia ryzyk i strat, jeżeli takie wystąpią. Kapitał podstawowy ma decydujące znaczenie dla wysokości łącznych środków własnych banku w znaczeniu przepisów o nadzorze bankowym, ponieważ kapitał uzupełniający (kapitał „drugiej kategorii”), przeznaczony na pokrycie ryzykownych operacji banku, nie może przekraczać wysokości kapitału podstawowego.
- (21) Do dnia 30 czerwca 1993 r. banki niemieckie musiały dostosować się do nowych wymogów stawianych środkom własnym przez dyrektywę w sprawie wypłacalności oraz

dyrektywę w sprawie funduszy własnych. ⁽⁸⁾ Jeszcze przed transpozycją dyrektywy w sprawie wskaźnika wypłacalności do prawa niemieckiego wiele banków krajowych posiadało stosunkowo niski wskaźnik kapitału obowiązkowego. W związku z tym niektóre instytucje kredytowe musiały zwiększyć kapitał własny, aby nie dopuścić do ograniczenia ich możliwości rozszerzenia działalności lub przynajmniej utrzymać zakres transakcji na dotychczasowym poziomie. Ze względu na ogólnie napiętą sytuację budżetową udziałowcy publiczni nie byli w stanie dokapitalizować banków, a z drugiej strony nie chcieli ich prywatyzować lub pozyskiwać dodatkowego kapitału na rynkach kapitałowych. W związku z tym banki publiczne zdecydowały się na przeniesienia aktywów i kapitału, przy czym w przypadku banku WestLB był to majątek Instytucji Wspierającej Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego kraju związkowego Północnej Nadrenii-Westfalii (Wohnungsbau-förderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen – zwanej dalej „WfA”), w przypadku banku HLB były to wymienione udziały w WK, z których utworzono kapitał zapasowy oraz cichy udział banku HLB.

WPLYW PRZENIESIENIA NA WIELKOŚĆ KAPITAŁU
WŁASNEGO BANKU HLB

- (22) Przeniesienia motywowano zapotrzebowaniem na kapitał lub zwiększeniem kapitału podstawowego w celu rozszerzenia działalności banku HLB. Przeniesienie udziałów w WK było korzystne, ponieważ powyższy cel został osiągnięty bez konieczności dodatkowego zaangażowania kapitałowego z budżetu FHH.
- (23) Już w latach 80-tych rozszerzenie działalności pociągało za sobą ciągle rosnące zapotrzebowanie na kapitał. Zgodnie z dostępnymi informacjami bank transferował w związku z tym regularnie część zysku bilansowego na oprocentowany kapitał zakładowy. Ponieważ to, jak się wydaje, nie wystarczało, FHH zdecydowało już w 1986 r. o wniesieniu 24 % udziałów w WK (212,160 mln DEM) do HLB. Na początku lat 90-tych w wyniku czwartej nowelizacji ustawy o prawie bankowym (Kreditwesengesetz „KWG”) konieczne było kolejne podwyższenie kapitału własnego HLB, ponieważ w innym przypadku HLB nie spełniałby nowych wymogów dotyczących wskaźników kapitałowych.
- (24) W związku z tym, że w tamtym czasie również FHH nie dysponowało środkami płynnymi w budżecie w wystarczającej wysokości, zdecydowano się na wniesienie wkładu rzeczowego i na dzień 1 stycznia 1993 r. FHH wniosło do HLB 57,68 % udziałów WK (959,362 mln DEM) bezpośrednio oraz pośrednio przez HGV.
- (25) Podano, że łączna wartość przeniesień wyniosła 1 171,522 mln DEM. Z tego 212,160 mln DEM przypadło na wkład w jawny kapitał zapasowy w roku 1986 (24 % udziałów w WK), 659,362 mln DEM na wkład w jawny kapitał zapasowy w roku 1993 (38 % udziałów w WK) i 300 mln DEM na cichy udział spółki HGV w tym samym roku (19,86 % udziałów w WK). Obliczenia opierają się na ekspertyzach dwóch spółek biegłych rewidentów wyceniających WK w latach 1986 oraz 1993. Łączna kwota w wysokości 1 171,522 mln DEM została ujęta w bilansie za rok 1993 oraz w następnych latach obrotowych.

⁽⁶⁾ Dz.U. L 386 z 30.12.1989, str. 14; zastąpiona przez dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. L 126 z 26.5.2000, str. 1).

⁽⁷⁾ Dz.U. L 124 z 5.5.1989, str. 16; zastąpiona przez dyrektywę 2000/12/WE.

⁽⁸⁾ Zgodnie z dyrektywą w sprawie wskaźnika wypłacalności instytucji kredytowe są zobowiązane posiadać środki własne w wysokości co najmniej 8 % aktywów ważonych ryzykiem, podczas gdy zgodnie z poprzednio obowiązującymi w Niemczech przepisami wymagany był wskaźnik w wysokości 5,6 %; jednakże wskaźnik ten opierał się na definicji funduszy własnych, która była węższa niż definicja wiążąca od momentu wejścia w życie dyrektywy w sprawie funduszy własnych.

- (26) Federalny Urząd Nadzoru Bankowości (Bundesaufsichtsamt für des Kreditwesen – zwany dalej „BAKred”) uznał ustalony kapitał w wysokości 212,160 mln DEM za rok 1986. W odniesieniu do łącznego kapitału ustalonego w roku 1993 po kolejnych przeniesieniach BAKred nie uznał początkowo wniosku banku HLB, ponieważ był zdania, że aby uznać WK za udział posiadający wartość, HLB musiały być uprawniony do likwidacji WK. Po zmianie Ustawy o WK w roku 1997, która przewidywała możliwość wydania przez wspólników uchwały o rozwiązaniu na żądanie jednego z udziałowców (również HLB), problem ten został rozwiązany i wniesiony kapitał uznany w pełnej wysokości za obowiązkowy kapitał własny HLB.
- (27) Zgodnie z informacjami Niemiec HLB po obu przeniesieniach znacznie rozszerzył swoją działalność: w okresie od 1986 do 1999 roku suma bilansowa wzrosła z 36,5 mld DEM w roku 1986 do ponad 145 mld DEM w roku 1999.

WYNAGRODZENIE ZA PRZENIESIONE ŚRODKI WŁASNE

- (28) Zgodnie z przekazanymi informacjami FHH nie otrzymało żadnego wynagrodzenia za udziały wniesione w dniu 1 stycznia 1986 r. (24 %, tzn. 212,160 mln DEM). Za udziały przeniesione bezpośrednio na HLB w dniu 1 stycznia 1993 r. (38 %, tzn. 659,362 mln DEM) również nie ustalono żadnego wynagrodzenia; jednak spółka HGV otrzymała za wkład od HLB [...] (*) mln DEM.
- (29) Ustalono, że HGV otrzyma za swój wkład udział w zyskach w wysokości [...], jednak nie więcej niż 10 % rocznie. Według przekazanych informacji od momentu zawarcia tego porozumienia z dnia 23 grudnia 1992 r. do dnia 1 stycznia 1993 r. HLB zapłacił [...] mln DEM.
- (30) Nie ustalono innego wynagrodzenia. Jednak Niemcy wyjaśnili, że FHH jako jedyny udziałowiec banku HLB do 1997 roku otrzymywało przewidzianą w statucie najwyższą roczną dywidendę w wysokości 6 %⁽⁹⁾. Ponadto HLB regularnie przekształcał wypracowane przez niego rezerwy (kapitał zapasowy) w oprocentowany kapitał zakładowy (zdaniem Niemiec jest to porównywalne z emisją akcji gratisowych), co zgodnie z przekazanymi informacjami zaowocowało wskaźnikiem zyskowności na kapitale rzeczywiście wpłaconym przez udziałowców w wysokości [...] % po opodatkowaniu (i odpowiednimi przychodami), dzięki czemu HLB ma najwyższy wskaźnik zyskowności ze wszystkich banków krajów związkowych.

III. PRZYCZYNY WSZCZĘCIA PROCEDURY

- (31) W decyzji o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego z dnia 13 listopada 2002 r. Komisja oświadczyła, że należy zbadać udostępnienie środków przez FHH na rzecz banku HLB pod kątem zasady inwestora rynkowego.

(*) Informacja poufna; poniżej oznaczona [...] lub z podaniem zakresu w [...].

⁽⁹⁾ Obowiązująca od 1997 r., znowelizowana Ustawa o HLB nie przewiduje już najwyższej dywidendy; zgodnie z przekazanymi danymi wypłacona dywidenda wzrosła od tego czasu ponad dwukrotnie i wynosiła w 1999 r. około 21 %.

⁽¹⁰⁾ Dz.U. C 307 z 13.11.1993, str. 3; pkt. 11.

Zgodnie z tą zasadą nawet w przypadku udostępnienia środków przez inwestora publicznego nie mamy do czynienia z pomocą państwa, jeżeli środki te zostaną udostępnione na warunkach, na których także inwestor prywatny, działający zgodnie z normalnymi zasadami rynkowymi, byłby gotów udostępnić te środki przedsiębiorstwu prywatnemu⁽¹⁰⁾ („warunki rynkowe”).

- (32) Instytucja kredytowa uzyskuje korzyść ekonomiczną z posiadania większego kapitału własnego, który powstał w wyniku kwestionowanych przeniesień udziałów w WK, polegającą na wzroście potencjału kredytowego oraz możliwości rozszerzenia działalności. Jeżeli zwiększone środki własne zostaną udostępnione przez inwestora publicznego na warunkach korzystniejszych niż rynkowe, mamy do czynienia ze sprzyjaniem danemu przedsiębiorstwu przy użyciu zasobów państwowych.
- (33) W związku z tym Komisja zbadała wstępnie, czy FHH udostępniło omawiane środki na warunkach rynkowych. W normalnych warunkach rynkowych za wniesienie kapitału o takiej wartości, funkcji oraz za podjęte ryzyko należy zapłacić odpowiednie wynagrodzenie.
- (34) Komisja na podstawie posiadanych w danym momencie informacji, wyraziła wątpliwość co do tego, że wynagrodzenie otrzymane przez FHH oraz spółkę holdingową HGV odpowiada wynagrodzeniu rynkowemu. Zapłacone wynagrodzenie w wysokości [...] mln DEM [...] odpowiadało, jeżeli odnie się je do łącznych przeniesionych środków, ok. [mniej niż 3 %]. Ponieważ w momencie obu przeniesień nawet zysk z kapitału 10-letnich obligacji federalnych, a więc z bezpiecznych inwestycji, wynosił od ponad 6 % do 7 %, w przypadku tego przeniesienia kapitału praktycznie nie można mówić o normalnych warunkach rynkowych. Nawet uwzględniając szczególne okoliczności transakcji, jak brak płynności przeniesionych środków, nie można uznać, że wynagrodzenie otrzymane przez FHH i HGV jest oprocentowaniem zgodnym z warunkami rynkowymi.

- (35) Niemcy oświadczyły, że w momencie przeniesienia sytuacja ekonomiczna HLB była dobra, a wartość przedsiębiorstwa wzrastała z roku na rok. Zyski wypłacono zatem częściowo FHH w postaci dywidendy, a częściowo przeznaczono na kapitał zapasowy z zysku zaliczany do kapitału podstawowego, co zwiększało wartość banku i było korzystne dla FHH, wtedy jedynego udziałowca. Na podstawie ekspertyzy sporządzonej w związku ze sprzedażą udziałów (49 %) bankowi LSH skapitalizowany dochód HLB obliczono na [...] mln DEM na dzień [...], który według wycień wewnątrznych na dzień 31 grudnia 1985 r. wynosił jeszcze [...] mln DEM, a na dzień 31 grudnia 1992 r. [...] mln DEM,

co oznacza średni wzrost wartości o [...] % w latach od 1986 r. do 1992 r. oraz o [...] % w latach od 1993 do 1996 r., z którego to wzrostu FHH jako jedyny udziałowiec do 1997 r. odniosło pełną korzyść, a przy sprzedaży bankowi LSH mogło zrealizować ten dochód proporcjonalnie do posiadanych udziałów. Ponieważ jednak brakowało dodatkowych danych i wyliczeń, jak na przykład odnośnie do dywidendy i wzrostu wartości wynikających z wniesienia udziałów WK, Komisja nie była w stanie przeprowadzić właściwej oceny.

- (36) Na podstawie dostępnych informacji Komisja powzięła poważne wątpliwości, że warunki, na których FHH przeniosło środki, które bank HLB mógł w całości wykorzystać jako obowiązkową podstawę kapitałową, odpowiadają warunkom rynkowym. Komisja doszła zatem do wniosku, że HLB prawdopodobnie odniósł korzyść w wyniku udostępnienia zasobów państwowych.
- (37) Odnośnie do obliczenia wynagrodzenia Komisja oświadczyła, że w tym stadium i po uwzględnieniu szczególnych okoliczności tego przypadku zamierza zastosować metodykę, na której oparła się w decyzji WestLB z dnia 8 lipca 1999 r.
- (38) Ponieważ HLB działa na rynku regionalnym, narodowym i międzynarodowym oraz w związku z tym, że wraz z postępującą integracją sektora usług finansowych na obszarze Wspólnoty zastrza się konkurencja między instytucjami kredytowymi w różnych Państwach Członkowskich, należało założyć, że konkurencja została zakłócona i że pomoc państwa wpłynęła na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi. Komisja doszła więc wstępnie do wniosku, że kwestionowane środki są prawdopodobnie pomocą państwa w znaczeniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE, które budzą wątpliwości co do ich zgodności ze wspólnym rynkiem, ponieważ w omawianej sytuacji nie wydaje się być możliwym zastosowanie wyłączeń wymienionych w art. 87 ust. 2 i 3 Traktatu WE oraz art. 86 ust. 2 Traktatu WE.
- (39) We wstępnej ocenie i zgodnie z art. 1 lit. b) rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE⁽¹¹⁾ Komisja założyła również, że w przypadku tego działania chodzi o nową, a nie o istniejącą pomoc, wskazując przy tym na art. 15 ust. 2 ww. rozporządzenia. W rozporządzeniu przewidziano wszczęcie procedury jako kolejne działanie Komisji przerywające okres przedawnienia w rozumieniu art. 15 ustęp 2 i tym samym potwierdzające wcześniejsze działania włącznie z wnioskami Komisji o udzielenie informacji z dnia 12 stycznia 1993 r., 10 listopada 1993 r., 13 grudnia 1993 r. oraz 1 września 1999 r., a także decyzję o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego w przypadku WestLB⁽¹²⁾ i dostarczoną HLB decyzję o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego w przypadku Banku Kraju Związkowego Berlin⁽¹³⁾.

IV. UWAGI NIEMIEC

- (40) W uwagach Niemcy powtórzyły swoją opinię, że zgodnie z art. 15 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 659/1999 nie można nakazać windykacji przeniesienia 24 % kapitału WK (wartość przekazana na kapitał zapasowy: 212,160 mln DEM) do HLB przeprowadzonego dnia 1 stycznia 1986 r. jako bezprawnie przyznanej pomocy, ponieważ dnia 1 stycznia 1996 r. upłynął dziesięcioletni okres mający zastosowanie dla tego wniesienia.
- (41) To wniesienie (zwane dalej „wniesieniem z 1986 r.”) jest prawnie i ekonomicznie samodzielnym procesem, którego nie należy łączyć z przeniesieniami z 1993 r. O ile Niemcy mówiły najpierw o „chęci inwestowania”, jak zauważyła Komisja w decyzji o wszczęciu procedury, to dotyczyło tylko przeniesień z roku 1993. Również załącznik do umowy („sideletter”) z dnia 22 grudnia 1992 r., o którym jest mowa w piśmie Niemiec z grudnia 1999 r., odnosi się do procesu z 1986 r., co jest tutaj istotne, tylko w takim zakresie, w jakim wspomniano o prawie FHH do żądania zwrotu przeniesionych udziałów obowiązującym w 1986 r. oraz w 1993 r. Ponadto przedstawienie sytuacji przez Niemcy, że zapłacone wynagrodzenie w wysokości [...] mln DEM rocznie odpowiada wynagrodzeniu w wysokości ok. [poniżej 3 %], jeżeli tę kwotę odniesie się do sumy łącznych przeniesień, miało na celu tylko naświetlenie problemu. To jednak nie zmienia faktu, że przeniesienie z roku 1986 prawnie i ekonomicznie jest zupełnie niezależnym procesem.
- (42) Jeżeli jednak przeniesienie z 1986 r. potraktuje się niezależnie od przeniesień z 1993 r., to tylko działanie Komisji w rozumieniu art. 15 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 659/1999 podjęte przed 1 stycznia 1996 r. może przerwać bieg okresu przedawnienia. Pisma z wnioskiem o udzielenie informacji poprzedzające pismo z dnia 1 września 1999 r. były jednak natury ogólnej, w ogóle nie wspominały o HLB i w związku z tym nie spełniają warunków stawianych działaniom Komisji przerywającym bieg okresu przedawnienia w rozumieniu art. 15 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 659/1999. W tym kontekście Niemcy przywołały również orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawie T-369/00, Département du Loiret przeciwko Komisji⁽¹⁴⁾ (zwanej dalej „Scott”). Sąd stwierdził w tym orzeczeniu, że pismo Komisji z prośbą o udzielenie informacji o środku stanowiącym prawdopodobnie pomoc państwa może być działaniem Komisji przerywającym okres przedawnienia w rozumieniu art. 15 ust. 2 rozporządzenia (EG) nr 659/1999. Jednakże w przypadku spornego pisma chodziło o wniosek o udzielenie informacji konkretnie odnoszący się do działki, którą sprzedano przedsiębiorstwu Scott S.A. na warunkach preferencyjnych. W tym piśmie Komisja wyraźnie zwróciła uwagę na to, że zostanie zbadana zgodność z prawem kwestionowanej pomocy i że może nastąpić windykacja pomocy. Zdaniem Niemiec Sąd określił w ten sposób minimalne wymagania, które musi spełniać wniosek o udzielenie informacji, aby uznano go za działanie przerywające bieg okresu przedawnienia.

⁽¹¹⁾ Dz.U. L 83 z 27.3.1999, str. 1, zmieniony Aktem Przystąpienia z 2003 r.

⁽¹²⁾ Dz.U. C 140 z 5.5.1998, str. 9.

⁽¹³⁾ Dz.U. C 239 z 4.10.2002, str. 12.

⁽¹⁴⁾ Zb. Orz. 2003, str. II-1789.

- (43) W omawianym przypadku wnioski Komisji o udzielenie informacji skierowane do Niemiec dnia 12 stycznia 1993 r., 10 listopada 1993 r. i 13 grudnia 1993 r., wymienione w decyzji o wszczęciu procedury, zdecydowanie nie spełniają tych wymagań. Pisma te dotyczyły tylko Zachodniemieckiego Banku Krajowego i zawierały ogólne zapytanie odnośnie do podobnych przeniesień do innych banków krajów związkowych. W żadnym z tych pism nie wymieniono HLB lub FHH. Zdaniem Niemiec zarzut przedawnienia uniemożliwia dalsze badanie transakcji z roku 1986.
- (44) Jeżeli chodzi o ekonomiczną ocenę przeniesienia kapitału, Niemcy potwierdziły najpierw, że HLB mógł korzystać ze wszystkich wniesionych udziałów w WK w roku 1986 oraz w roku 1993 o łącznej wartości 1 171,522 mln DEM jako kapitału własnego. Wniesiony kapitał w żadnym momencie nie miał przeznaczenia celowego i nie podlegał innym ograniczeniom w korzystaniu z niego.
- (45) W tym kontekście należy uwzględnić, że kapitał przeniesiony w 1986 r. został wtedy uznany przez BAKred za obowiązkowy kapitał własny. Cała suma, a więc wraz z przeniesieniem z 1993 r. o wartości 959 mln DEM (38 % udziałów WK przeniesionych bezpośrednio, z których HLB utworzył jawny kapitał zapasowy o wartości 659,362 mln DEM, oraz 19,86 % udziałów WK przeniesionych pośrednio przez HGV, które zostały wniesione do HLB jako cichy udział o wartości 300 mln DEM) została uznana przez BAKred za obowiązkowy kapitał własny dopiero w 1997 r. To wynikało z tego, że dopiero dnia 25 czerwca 1997 r. została zmieniona Ustawa o WK, która przyznała bankowi HLB – jako udziałowcowi – prawo do rozwiązania lub likwidacji WK.
- (46) Niemcy wyjaśniły, że HLB dopiero wtedy ze skutkiem wstecznym od 1 stycznia 1997 r. mógł w pełni wykorzystać przeniesione środki na zabezpieczenie działalności. Pomimo to HLB, jak później wyjaśniły Niemcy, już przed tą datą wykorzystał część kapitału zapasowego na pokrycie działalności, w zaokrągleniu była to kwota 183 mln DEM w 1993 r., ponad 436 mln DEM w 1994 r. i 255 mln DEM w 1995 r. i w końcu 208 mln DEM w roku 1996 (patrz również tabela w pkt. 183). Pozostałe środki kapitału zapasowego nie były pokryte i nie zostały uznane za obowiązkowy kapitał podstawowy. Dopiero od dnia 1 stycznia 1997 r. do wydzielenia WK w związku z połączeniem z LSH przeprowadzonym dnia 2 czerwca 2003 r., w wyniku której powstał HSH Nordbank, kwota 659,4 mln DEM mogła być wykorzystana w pełnej wysokości. Również cichy udział o wartości 300 mln DEM mógł być w całości wykorzystany jako obowiązkowy kapitał podstawowy od 1997 r. do tej daty. Przed 1997 r. środki te nie były pokryte i nie zostały uznane za kapitał podstawowy.
- (47) Jeżeli chodzi o wynagrodzenie, to za cichy udział nieprzerwanie płacono wynagrodzenie w maksymalnej ustalonej wysokości, tj. [...] mln DEM [...], odpowiednio [maksymalnie 10 %]. Za kapitał zapasowy w wysokości 659 mln DEM nie zapłacono żadnego wynagrodzenia.
- (48) Jednakże Niemcy wyjaśniły ponownie, że na wynagrodzenie składa się nie tylko uzgodnione, bezpośrednie oprocentowanie cichego udziału. Po pierwsze należy uwzględnić dywidendy wypłacone jednemu udziałowcowi, FHH, ponieważ zyski wypracowane przez HLB wynikają oczywiście także ze środków przeniesionych przez FHH. FHH jako jedyny udziałowiec do 1997 roku otrzymało przewidzianą w statucie najwyższą roczną dywidendę w wysokości 6 %, a od 1997 roku zmienną, ale rosnącą dywidendę proporcjonalnie do udziału w kapitale zakładowym. Z [...] mln EUR w roku 1985 do roku 1996, kiedy to jeszcze FHH było jedynym właścicielem, wypłaty te wzrosły do [...] mln EUR w roku 1996. W roku 1997 na 50,5 % udziałów FHH przypadły dywidendy w wysokości [...] mln EUR, które do roku 2001 wzrosły do [...] mln EUR.
- (49) Ponadto HLB regularnie przekształcał samodzielnie wypracowany kapitał zapasowy w kapitał akcyjny. Kapitał akcyjny wzrósł z 228,3 mln EUR w roku 1985 do 250,9 mln EUR w roku 1997, i od tamtej pory pozostał na niezmiennym poziomie. Po drugie kapitał zapasowy z zysku od 1985 r. stale wzrastał, a mianowicie z 93,1 mln EUR w roku 1985 do 321,8 mln EUR w roku 2001. Wszystko to świadczy o znacznym wzroście skapitalizowanego dochodu.
- (50) Poza tym należy uwzględnić wzrost wartości, który osiągnięto dzięki wniesionemu kapitałowi i który należy w całości przypisać FHH. Przy tym chodzi o wzrost wartości o [...] % i [...] %, który w całości wynika z wniesienia udziałów WK. Dokładniejsze obliczenia przy zastosowaniu metody skapitalizowanych dochodów Niemcy przedstawiły w swoich uwagach. I tak wartość HLB w latach od 1985 do 1992 roku wrosła o [...] mln DEM, tzn. rocznie o prawie [...] mln DEM, co w odniesieniu do udziału WK wniesionego w 1986 r. oznacza zysk z kapitału w wysokości [...] %. W latach od 1992 do 1995 r. wartość przedsiębiorstwa wzrastała rocznie o [...] mln DEM, co w odniesieniu do udziałów WK wniesionych na dzień 1 stycznia 1993 r. oznacza roczny zysk z kapitału w wysokości [...] %. To świadczy ponownie o tym, że uwzględnivszy wszystkie czynniki, FHH otrzymało odpowiedni zysk z kapitału.
- (51) FHH mogło oczekiwać odpowiedniego zysku z kapitału już w momencie obu przeniesień. Sytuacja ekonomiczna HLB na koniec 1985 r. oraz na koniec 1992 r. była dobra, a tutaj podane przykładowo zyski z kapitału własnego (przed opodatkowaniem) wynosiły od ponad 19 % w roku 1985 poprzez ponad 8-9 % w latach 1989/90 do ponad 12 % w roku 1992. Dla porównania Niemcy przedstawiły samodzielnie obliczone zyski z kapitału własnego pięciu niemieckich banków prywatnych, które ich zdaniem pokazują, że HLB w poszczególnych latach okresu od 1980 do 1992 roku osiągnął wartości nie niższe lub jeśli już, to w poszczególnych latach ok. 1-6 % (przed opodatkowaniem) lub 1-4 % (po opodatkowaniu) niższe od poszczególnych średnich wartości rocznych dla tych pięciu innych instytucji. W ten sposób można powiedzieć, że HLB nie różni się od innych prywatnych banków.

(52) Poza tym Niemcy były zdania, że z powodu braku płynności przeniesionych środków należy je porównać z wkładem rzeczowym. Przy obliczaniu zysku z kapitału zasadniczą kwestią jest różnica między wkładem rzeczowym a gotówkowym, która wynika z kosztów refinansowania udzielonych kredytów rozszerzających zakres działalności lub z niekorzystnej sytuacji, w której nie można bezpośrednio zainwestować gotówkowej równowartości wkładu. Zgodnie z przekazanymi obliczeniami różnica oprocentowania w stosunku do wkładu gotówkowego dla wkładu rzeczowego wniesionego w 1986 r. wynosi 7,6 % w przypadku udzielenia kredytu i ok. 6,8 % w przypadku zyskowej, bezpiecznej inwestycji. Dla wniesienia z dnia 1 stycznia 1993 r. różnica wynosi dokładnie 8,3 % w przypadku udzielenia kredytu i 7,36 % w przypadku bezpiecznej inwestycji. W odniesieniu do zysku z kapitału brutto oznacza to dla hipotetycznie zainwestowanego kapitału w gotówce i rzeczywiście wniesionego kapitału nieposiadającego płynności różnicę ok. 6 % (w 1986 r.) lub 6,6 % (w 1993 r.). Tę niekorzystną sytuację musi uwzględnić również inwestor rynkowy, ustalając odpowiednie wynagrodzenie.

V. UWAGI BDB

(53) BdB uważa rzeczywiście zapłacone wynagrodzenie za niewystarczające. Za udziały WK wniesione dnia 1 stycznia 1986 r. nie ustalono żadnego wynagrodzenia, a za udziały przeniesione w 1993 r. tylko odsetki płatne z cichego udziału. Odnosząc to do łącznego wniesionego kapitału daje to wynagrodzenie roczne poniżej 3 %, którego w żadnym wypadku nie można uznać za rynkowe. FHH nie podniosło roszczenia o odpowiednie wynagrodzenie nie dlatego, że był jednym udziałowcem HLB. Decydujące było oczekiwanie przynajmniej średniego zysku z kapitału, które jest charakterystyczne również dla banków prywatnych w przypadku udostępniania kapitału własnego spółkom zależnym.

(54) Zgadza się wprawdzie, że to oczekiwanie w stosunku do zysku z kapitału nie zawsze znajduje wyraz w uzgodnieniu stałego oprocentowania, ponieważ odzyskanie zainwestowanego kapitału przez spółkę matkę odbywa się zarówno w drodze wzrostu skapitalizowanego dochodu, jak i idącego z tym w parze wzrostu wartości przedsiębiorstwa zależnego. Jednak oczekiwanie zysku z kapitału na poziomie rynkowym jest równe uzgodnieniu stałego oprocentowania.

(55) W związku z tym FHH jako inwestor rynkowy musiało oczekiwać od HLB zysku z kapitału na poziomie rynkowym. Takiego założenia jednak nie mogło przyjąć FHH.

(56) Najwyraźniej już podczas wniesienia z dnia 1 stycznia 1986 r. zgodnie z informacją Senatu dla Parlamentu kraju związkowego (Bürgerschaft) z dnia 17 grudnia 1985 r. należało się liczyć z zyskiem z kapitału poniżej średniej, tj. od 0,3 do 0,5 mln DEM (wg BdB odpowiednio 0,1 do 0,2 %). Ponieważ dywidendy miały być wypłacane dopiero po rzeczywistym rozszerzeniu działalności, najwyraźniej w pierwszych latach nie było wynagrodzenia dla FHH. Nie należy również

uwzględniać dywidend rzeczywiście wypłaconych na rzecz FHH, ponieważ w opisanych warunkach inwestor prywatny zażądałby stałego wynagrodzenia rocznego. Nie należy też uwzględniać rezerw i zysków przekształconych w kapitał zakładowy.

(57) Nie można było tutaj również oczekiwać realizacji prawdopodobnych wzrostów wartości, ponieważ nie można było dysponować udziałami w HLB. W związku z tym udziały nie podlegały stałej wycenie. Pomoc nie została zakończona w związku ze sprzedażą 49,5 % udziałów bankowi LSH, która nastąpiła w 1997 r. Sprzedaż nastąpiła po inwestycji i w związku z tym nie ma żadnego znaczenia dla oczekiwanego wynagrodzenia. Ocena środka w świetle przepisów o pomocy państwa dotyczy przede wszystkim tego, czy proces został przeprowadzony w normalnych warunkach rynkowych.

(58) Z tego wszystkiego wynika, że inwestor prywatny zainwestowałby w tych warunkach, tylko jeżeli w niedługim czasie możliwe byłoby wygenerowanie przychodów lub przepływów pieniężnych w formie stałej dywidendy albo zmiennych przepływów pieniężnych. W takiej sytuacji inwestor prywatny prawdopodobnie wybrałby stałe oprocentowanie. Przemawia za tym również fakt, że FHH nie przyznano prawa zwrotu WK bez świadczenia zwrotnego – wyrównania do wartości księgowej.

(59) Obliczając wynagrodzenie rynkowe BdB założyło najpierw, że za przeniesione środki należy zapłacić wynagrodzenia jak za kapitał zakładowy, ponieważ zaliczają się one do kapitału podstawowego uznanego przez nadzór bankowy. BdB twierdzi, że obliczając odpowiedni zysk z udostępnionego kapitału należy się oprzeć na zysku z bezpiecznych inwestycji oraz na premii za ryzyko, tzn. zastosować następującą zasadę: oczekiwany zysk z inwestycji obciążonej ryzykiem = zysk z bezpiecznej inwestycji + premia za ryzyko inwestycji.

(60) BdB obliczyło wynagrodzenia minimalne przy zastosowaniu metody wyceny aktywów kapitałowych (capital asset pricing models – zwanej dalej „CAPM”), która pozwala na obliczenie oczekiwanej indywidualnej premii za ryzyko przy pomocy tzw. współczynnika beta (statystycznie mierzone odchylenie indywidualnej premii za ryzyko od ogólnej, długoterminowej rynkowej premii za ryzyko).

(61) Przy obliczeniu zysku z bezpiecznej inwestycji BdB uwzględniło zyski z długoterminowych obligacji państwowych, ponieważ inwestycje w papiery wartościowe o stałym oprocentowaniu emitowane przez państwo są obciążone najniższym ryzykiem lub nie są obciążone żadnym ryzykiem⁽¹⁵⁾.

(62) W celu obliczenia premii za ryzyko BdB oblicza najpierw tzw. ogólną premię za ryzyko rynkowe, tzn. różnicę między średnim zyskiem z długoterminowej inwestycji w portfel akcji dostępnych na rynku a zyskiem z bezpiecznej

⁽¹⁵⁾ Aby wykluczyć efekty inflacyjne, dla każdego okresu wniesienia należy obliczyć stopę zwrotu dla długoterminowych obligacji państwowych najpierw bez uwzględnienia prognoz inflacyjnych. W celu obliczenia stopy podstawowej długoterminowych bezpiecznych papierów wartościowych do „realnej stopy podstawowej” w przedmiotowym momencie dodano prognozowaną średnią, długoterminową stopę inflacyjną w wysokości 3,60 %.

inwestycji (obligacje państwowe). W swoich uwagach z dnia 25 czerwca 2003 r. BdB przyjęło wstępnie jednolitą premię za długoterminowe ryzyko rynkowe w wysokości 4,6 %.

- (63) Przy czym BdB poinformowało, że oblicza współczynnik beta na podstawie próbki losowej danych historycznych dla porównywalnych banków. BdB otrzymało wynik, zgodnie z którym wszystkie współczynniki beta dla wszystkich banków krajów związkowych w uwzględnionych okresach są większe niż jeden, co oznacza, że BdB uważało, że premia za ryzyko inwestycji w banki krajów związkowych powinna być wyższa niż premia za ryzyko rynkowe.
- (64) Zakładając stopę procentową bezpiecznych papierów wartościowych w wysokości 8,05 % (grudzień 1985 r. dla przeniesienia z roku 1986) oraz 5,90 % (grudzień 1992 r. dla przeniesienia z roku 1993) oraz współczynnik beta dla HLB w wysokości 1,1660 (pierwsze przeniesienie) oraz 1,0836 (drugie przeniesienie), BdB obliczyło minimalne wynagrodzenie za udziały wniesione na dzień 1 stycznia 1986 r. na poziomie 13,41 %, a za udziały wniesione na dzień 1 stycznia 1993 r. na poziomie 10,88 %.
- (65) BdB stwierdziło ponadto, że Sąd Pierwszej Instancji potwierdził stopę, którą Komisja w decyzji 2000/392/WE odjęła od minimalnego wynagrodzenia w związku z brakiem płynności majątku Wfa. Tym samym nie ma powodu, aby w omawianym przypadku rezygnować z tej metody, i także tutaj konieczne jest potrącenie w związku z brakiem płynności. Wysokość potrącenia za brak płynności, zgodnie z metodyką w przypadku WestLB, wynika z kosztów refinansowania netto (koszty refinansowania brutto minus odpowiedni podatek od przedsiębiorstw).
- (66) BdB stało ponadto na stanowisku, że marża na minimalne wynagrodzenie zastosowana przez Komisję w decyzji 2000/392/WE (1,5 %), potwierdzona przez Sąd Pierwszej Instancji, ma zastosowanie również w przypadku HLB. Jeżeli również w innych przypadkach banków krajów związkowych zaistniały okoliczności zwiększające ryzyko w stosunku do „normalnej inwestycji w kapitał zakładowy”, jak częściowo znaczna wartość transferowanych aktywów, brak emisji nowych udziałów w spółce i związana z tym rezygnacja z dodatkowych praw głosu, a także brak płynności aktywów, to zdaniem BdB również w tych przypadkach marża jest uzasadniona.
- (67) Zamiast zysku z kapitału obliczonego w ten sposób FHH nie uzgodniło i nie otrzymało żadnego wynagrodzenia za przeniesienie z roku 1986, a za przeniesienie z roku 1993 r. otrzymało za niskie wynagrodzenie. Za ostatnie wniesienie, które dopiero w 1997 r. zostało uznane przez nadzór bankowy za kapitał podstawowy, HLB wypłacał od 1993 r. roczny udział w zysku składający się z gwarantowanego wynagrodzenia w wysokości 7 % oraz części zmiennej (stała stopa procentowa w wysokości 0,5 % na dywidendę z zysku bilansowego). Rzeczywista wysokość była BdB nieznaną. Tym niemniej w związku z porównywalnością z kapitałem zakładowym wynagrodzenie wydaje się za niskie. Ponadto wynagrodzenie płacono HGV, która jest wprawdzie spółką holdingową FHH, ale ekonomicznie jest jednostką samodzielną, podczas gdy FHH nie otrzymało żadnego wynagrodzenia. Za wniesienie pozostałych udziałów do kapitału zapasowego w ogóle nie ustalono wynagrodzenia.
- (68) Bieg okresu przedawnienia w stosunku do przeniesienia udziałów z dnia 1 stycznia 1993 r. został przerwany przez wniosek Komisji o udzielenie informacji z dnia 1 września 1999 r. oraz przez decyzję o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego z dnia 13 listopada 2002 r. W stosunku do wniesienia z dnia 1 stycznia 1986 r. BdB, negując przedawnienie, opiera się na koncepcji prawnej czynu ciągłego. Znajduje ona swój odpowiednik również w orzecznictwie w klasycznym prawie konkurencji. W omawianym przypadku spełnione są przesłanki związku ciągłości, ponieważ wszystkie przeniesienia miały związek z jednolitą koncepcją wzmocnienia kapitałowego i rozszerzenia działalności i odbyły się według tego samego wzorca. Także nowe wymagania w stosunku do wypłacalności kapitałowej nie pozwalają na osobne rozpatrywanie przeniesienia z dnia 1 stycznia 1993 r. Przeniesienia z roku 1986 i z roku 1993 należy potraktować jako jedno działanie kapitałowe, a pomoc za przyznaną w całości dopiero 1 stycznia 1993 r.
- (69) W związku z tym nie ma znaczenia, czy pisma Komisji z wnioskami o udzielenie informacji z roku 1993 mogły przerwać bieg okresu przedawnienia. Przy czym BdB stwierdza jednak, że bieg okresu przedawnienia dla pomocy przyznanej HLB zostałby przerwany tylko w takim przypadku, gdyby pisma te dotyczyły właśnie tej pomocy. Ponieważ BdB nie zna dokładnie treści tych pism, nie może zająć w tej sprawie wiążącego stanowiska.

VI. REAKCJA NIEMIEC NA UWAGI BDB

- (70) Niemcy twierdziły najpierw, że BdB źle zinterpretowało orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie WestLB z dnia 6 marca 2003 r. (zwany dalej „orzeczeniem w sprawie WestLB”). BdB uważało najwyraźniej, że orzeczenie stwierdzało jasno, że wzrost wartości w wyniku dokapitalizowania nie jest rynkowym zyskiem z kapitału. Jednak w tej sprawie Sąd nie wypowiedział się wiążąco. Stanowisko Sądu, zgodnie z którym prywatny inwestor w normalnych warunkach nie zadowoliliby się minimalizacją strat lub ograniczonym zyskiem z kapitału, również wtedy, gdy już posiada udziały w przedsiębiorstwie, w które ponownie inwestuje, nie mówi nic na temat oceny zysku z kapitału z punktu widzenia przepisów dotyczących pomocy państwa, który nie ma formy stałego oprocentowania, ale na przykład wynika ze wzrostu wartości przedsiębiorstwa.

- (71) BdB wyraźnie to przyznało, przytaczając dokapitalizowania przeprowadzone przez banki prywatne na rzecz ich spółek zależnych, że oczekiwany zysk z kapitału nie znajduje wyrazu w uzgodnieniu stałego oprocentowania, lecz w dywidendzie oraz we wzroście skapitalizowanego dochodu oraz w idącym z tym w parze wzrostem wartości. W tym kontekście należy również zauważyć, że kwestionując możliwość realizacji wzrostu wartości banku HLB, BdB niewłaściwie ocenia sytuację, ponieważ wbrew opinii BdB nie można było dysponować 49,5 % udziałów, ponieważ w 1997 r. zostały one sprzedane LSH.
- (72) Minimalne zyski z kapitału obliczone przez BdB metodą CAPM w wysokości 13,41 % (przeniesienie z roku 1986) oraz 10,88 % (łącznie przeniesienie z roku 1993) są niepoprawne. Po pierwsze zastosowaniu metody CAPM towarzyszą zasadnicze, a sposobowi zastosowania jej przez BdB szczególne wątpliwości. I tak BdB między innymi ograniczyło portfel rynkowy do akcji tworzących niemiecki indeks giełdowy CDAX, wyliczyło parametry tylko na podstawie częściowo historycznych danych, nie sprawdzając ich adekwatności dla terminu przeprowadzonej inwestycji, wyliczyło premię za ryzyko rynkowe na podstawie ekspertyzy dotyczącej tylko średniego zysku z kapitału z niemieckich akcji w latach od 1954 do 1988 r., a do obliczenia współczynników beta zastosowało dane banków tworzących indeks CDAX, uznając ich profil działalności i ryzyka za porównywalny. W ten sposób prawie wszystkie czynniki istotne w metodzie CAPM zostały obliczone niewłaściwie, a minimalne rynkowe zyski z kapitału z kwestionowanych transakcji ustalone na zbyt wysokim poziomie.
- (73) Ponadto dla uzasadnienia marży za szczególne cechy transakcji BdB powołało się tylko na kryteria wymienione w decyzji 2000/392/WE, nie przeprowadzając rozróżnienia ilościowego, jak to krytykowano w orzeczeniu w sprawie WestLB. Następnie z powodu braku płynności należy odjąć pełną stopę refinansowania, ponieważ jest absolutnie niedopuszczalne, aby przytaczany przez BdB efekt zwolnienia podatkowego postrzegany jako potrącenie w związku z brakiem płynności kompensować z odpowiednim zyskiem z kapitału. Tutaj popełniono zasadniczy błąd. Oczekiwany przez inwestora zysk z kapitału nie ma żadnego związku z bilansowym efektem podatkowym dla przedsiębiorstwa.
- (74) Nie odstępując od swojego poglądu prawnego, Niemcy obliczyły rynkowy zysk z kapitału alternatywnie do kalkulacji BdB. Przy tym Niemcy uwzględniły tylko transakcję z 1993 r., ponieważ przeniesienie z 1986 r. ich zdaniem przedawniło się.
- (75) Niemcy były zdania, że najpierw należy przeanalizować profil ryzyka obu wkładów rzeczowych. Zgodnie z tym należy najpierw porównać cichy udział z innymi o równie długim czasie trwania (16 lat). Uwzględniając profil ryzyka, jak praktycznie zwolnienie z odpowiedzialności w przypadku upadłości w związku z istnieniem poręczenia państwowego (Anstaltslast), irrelewantność podziału praw do głosu w związku z tym, że FHH jest właścicielem 100 % udziałów, udział w stratach, kolejność roszczenia o wypłatę dywidendy oraz czas trwania, kapitał zapasowy można najlepiej porównać z bezterminowym cichym udziałem. Na tej podstawie Niemcy, aby ustosunkować się do uwag BdB, połączyły oba instrumenty w celu obliczenia wynagrodzenia, jednak ważyły ich udział w łącznym wniesieniu wg wkładu terminowego i bezterminowego. Po odjęciu pełnych kosztów refinansowania Niemcy obliczyły wynagrodzenie za łączne wniesienie w wysokości 1,48 %.
- (76) Nie odstępując od swojego poglądu prawnego, Niemcy w swojej kontrargumentacji obliczyły zysk z kapitału zapasowego również wg metody CAPM. Zakładając premię za ryzyko rynkowe w wysokości 3 % oraz współczynnik beta dla HLB w wysokości 0,7861, w przypadku zwiększenia kapitału zapasowego otrzymujemy hipotetyczny minimalny zysk z kapitału dla wkładów gotówkowych w wysokości 9,74 %, od którego jednak w związku z brakiem płynności należy odjąć pełne koszty refinansowania, co daje rzeczywisty, rynkowy minimalny zysk z kapitału w wysokości 2,36 %. Ponieważ nie ma obrotu cichymi udziałami na rynku wtórnym, Niemcy nie zastosowały dla tych instrumentów metody CAPM, natomiast porównały je z podobnymi instrumentami finansowymi. Po odjęciu pełnych kosztów refinansowania otrzymujemy marżę w wysokości 1,29 % dla bezterminowych cichych udziałów porównywalnych z wkładem HLB. Po zliczeniu i ważeniu otrzymujemy łączne wynagrodzenie w wysokości 2,08 %.
- (77) W stosunku do kwestionowanego przedawnienia, które BdB motywuje związkiem obu transakcji, Niemcy powtórzyły zarzuty przytoczone już w uwagach i stwierdziły ponownie, że transakcja z 1986 r. jest prawnie i rzeczywiście niezależna od przeniesienia z roku 1993, co potwierdzają pierwotnie oraz później przekazane dokumenty. Ponadto koncepcja prawna czynu ciągłego, na którą powołuje się BdB, jest sporna także wśród sędziów karnistów Trybunału Federalnego. Konstrukcji związku ciągłości w europejskim prawie kartelowym, która jest wyraźnie uregulowana w rozporządzeniu dotyczącym okresów przedawnień w postępowaniach i wykonywaniu sankcji, nie można przenieść na inne kwestie rozpatrywane w świetle przepisów dotyczących pomocy państwa, zwłaszcza że rozporządzenie (WE) nr 659/1999 nie zna konstrukcji związku ciągłości.

VII. POROZUMIENIE MIĘDZY BDB, FHH ORAZ HSH NORDBANK

- (78) Dnia 8 października 2004 r. Komisja otrzymała wyniki porozumienia pomiędzy głównym skarżącym BdB, FHH oraz HSH Nordbank, który powstał z połączenia LSH i HLB w 2003 r. Niezależnie od nadal istniejących zasadniczych różnic w prezentowanych stanowiskach prawnych, strony porozumienia uzgodniły zasadniczą metodykę obliczenia

zysku z kapitału jako porównywalnego, bezpośredniego i stałego wynagrodzenia. Ponadto ustalono odpowiednie wynagrodzenie w stosunku do dokonanego w 1993 r. przeniesienia 38 % udziałów WK o wartości 959,4 mln DEM do kapitału zapasowego. Odnośnie do pośredniego wniesienia 19,86 % udziałów WK o wartości 300 mln DEM do cichego udziału, które również miało miejsce dnia 1 stycznia 1993 r., ustalono wprawdzie zasadę stałego wynagrodzenia, ale nie sposób obliczenia, brak jednomyślności dotyczył przede wszystkim kwestii potrącenia za brak płynności (patrz pkt 81 do 203). Strony proszą Komisję, aby uwzględniła wyniki porozumienia przy podejmowaniu decyzji. Porozumienie nie dotyczy przeniesienia z 1986 r.; strony oświadczyły, że nie będą podważać ostatecznej decyzji Komisji w kwestii przedawnienia tego przeniesienia.

(79) Strony obliczyły najpierw przy pomocy metody CAPM minimalne rynkowe wynagrodzenie za wniesienie do kapitału zapasowego (959 mln DEM). Zakładając stopę procentową bezpiecznych papierów wartościowych w wysokości 7,23 %, ogólną premię za ryzyko rynkowe w wysokości 4 % oraz współczynnik beta na poziomie 0,74, zgodnie z porozumieniem odpowiednie minimalne wynagrodzenie za udziały wniesione do kapitału zapasowego powinno wynosić 10,19 %. Ponieważ FHH było jedynym udziałowcem nie uzgodniono dodatkowej marży, jak na przykład za brak praw głosu. Wreszcie ustalono potrącenie 3,62 % za brak płynności kapitału (na podstawie stopy procentowej bezpiecznych papierów wartościowych jako kosztów refinansowania brutto, z których 50 % stanowią podatki dochodowy od osób prawnych oraz podatek solidarnościowy, w celu obliczenia kosztów refinansowania netto). Wynikiem jest odpowiednie wynagrodzenie w wysokości 6,57 %.

(80) Za wniesienie 300 mln DEM do cichego udziału HSH Nordbank i FHH obliczyły marżę na wynagrodzenie w wysokości 129 punktów bazowych, ponieważ koszty refinansowania brutto należy potrącić. BdB również preferowało obliczenie według metody CAPM, i stosując niższy współczynnik beta (0,32) dla tej szczególnej transakcji, która nastąpiła w tym samym momencie, oraz potrącenie za brak płynności po opodatkowaniu w wysokości 3,62 % (koszty refinansowania netto), uznało, że odpowiednie wynagrodzenie wynosi 4,89 %.

VIII. OCENA ŚRODKÓW

1. PRZEDAWNIE

(81) Niemcy stały na stanowisku, że dla przeniesienia 24 % udziałów, przeprowadzonego dnia 1 stycznia 1986 r. i podwyższającego kapitał HLB o 212,160 mln DEM, jeżeli stanowi ono w ogóle pomoc, upłynął dziesięcioletni okres przedawnienia przewidziany w art. 15 rozporządzenia (WE) nr 659/1999. Wnioski o udzielenie informacji wystosowane przez Komisję dnia 12 stycznia 1993 r., 10 listopada 1993 r. i 13 grudnia 1993 r., a więc przed 1 stycznia 1996 r., dotyczyły kwestii ogólnych i w związku z tym nie mogą być traktowane jako działania przerywające bieg okresu przedawnienia zgodnie z art. 15 ust. 2 wspomnianego rozporządzenia.

(82) Po dokładnym zbadaniu tej kwestii Komisja przychyliła się do tego poglądu i nie będzie dalej badać przeniesienia z dnia 1 stycznia 1986 r. w świetle przepisów dotyczących pomocy państwa.

(83) Należy stwierdzić, że art. 15 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 659/1999, które weszło w życie dnia 16 kwietnia 1999 r., określający okres windykacji pomocy przyznanej bezprawnie, dotyczy każdego środka przyjętego po wejściu w życie rozporządzenia w celu ostatecznej windykacji pomocy, również jeżeli pomoc została przyznana przez wejściem w życie rozporządzenia⁽¹⁶⁾. Za początek dziesięcioletniego okresu, w którym Komisja może nakazać windykację bezprawnie przyznanej pomocy, uznaje się dzień, w którym pomoc została przyznana, nawet jeśli rozporządzenie nie obowiązywało w tym momencie⁽¹⁷⁾.

(84) Przeniesienie z dnia 1 stycznia 1986 r. było jednorazowym, a nie powtarzającym się działaniem państwa. To odróżnia tę pomoc od innych uregulowań państwa, które przewidują działania powtarzające się, jak na przykład coroczne dotacje lub zwolnienia podatkowe. W związku z tym wniesienie z roku 1986 nie ma żadnego prawnego lub rzeczywistego związku z przeniesieniem z roku 1993. Również aneks do umowy („sideletter”) z dnia 22 grudnia 1992 r. wymienione w piśmie Niemiec z grudnia 1999 r. i dostarczone później nie mówi nic o zgodnej chęci inwestycji w przypadku obu przeniesień, jak to twierdzono wcześniej. Wspomniany aneks do umowy odnosi się tylko do przeniesienia z 1993 r. i przejmując w tym celu określoną regulację przeniesienia z 1986 r. do zastosowania przy przeniesieniu kolejnych udziałów dnia 1 stycznia 1993 r., a mianowicie prawo FHH do żądania przeniesienia udziałów WK.

(85) Przeniesienie przeprowadzone przez FHH w dniu 1 stycznia 1986 r. należy uznać za moment przyznania bezprawnej pomocy, jeżeli jest ona w ogóle pomocą bezprawną. W wyniku prawomocnego wniesienia środków na ww. warunkach HLB prawdopodobnie odniósł korzyść, która jest tutaj omawiana. HLB dysponował środkami od 1 stycznia 1986 r.; zostały one uznane przez BAKred na rok 1986. Okres dziesięcioletni upływa zatem 1 stycznia 1996 r.

(86) Zgodnie z art. 15 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 659/1999 bieg tego okresu przerywa jakiegokolwiek działanie podejmowane przez Komisję lub Państwo Członkowskie działające na wniosek Komisji w odniesieniu do pomocy przyznanej bezprawnie. W orzeczeniu „Scott” Sąd Pierwszej Instancji stwierdził, że wniosek Komisji o udzielenie informacji, wystosowany przed wejściem w życie ww. rozporządzenia, dotyczący dokładnie zdefiniowanego środka, który może być pomocą, nie może wprawdzie w tym momencie przerwać biegu dziesięcioletniego okresu przedawnienia, należy mu jednak przypisać takie działanie, jeżeli Komisja skorzysta ze swoich kompetencji w zakresie windykacji kwestionowanej pomocy po wejściu w życie rozporządzenia⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Orzeczenie w sprawie T-369/00 („Scott”); patrz przypis 16.

⁽¹⁷⁾ Tamże

⁽¹⁸⁾ Tamże, pkt. 57.

- (87) W omawianym przypadku wnioski Komisji o udzielenie informacji wystosowane przed 1 stycznia 1996 r. nie spełniają wymagań stawianych działaniu przerywającemu bieg dziesięcioletniego okresu przedawnienia, ponieważ działania te nie dotyczyły pomocy przyznanej bezprawnie, czego wymaga art. 15 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 659/1999.
- (88) Aż do wniosku o udzielenie informacji z dnia 1 września 1999 r. Komisja w żadnym piśmie skierowanym do Niemiec nie pytała o przeniesienia, które miały miejsce w Hamburgu, ani nie wymieniała FHH lub HLB. Trzy pisma z 1993 r. odnoszą się wyłącznie do przeniesienia WfA do WestLB; pisma te zawierały tylko ogólne zapytania odnośnie do możliwych podobnych przeniesień do innych banków krajów związkowych w innych krajach związkowych. Wniosek o udzielenie informacji z dnia 10 listopada 1993 r. oprócz WestLB dotyczył jeszcze tylko Berlina, Szlezewiku-Holsztyna oraz Dolnej Saksonii. Wprawdzie BdB w obu swoich pismach z roku 1994 oraz w piśmie z dnia 3 stycznia 1995 r. zwróciło uwagę na przeniesienia FHH do HLB, Komisja zareagowała na to jednak dopiero pismem z dnia 1 września 1999 r. i poprosiła o informacje dotyczące przeniesień, które miały miejsce w Hamburgu.
- (89) Tak więc przed końcem dziesięcioletniego okresu dotyczącego windykacji pomocy, który upływał dnia 1 stycznia 1996 r., Komisja nie podjęła żadnych widocznych działań w celu zbadania przeniesień do HLB. Korespondencja dotycząca WestLB oraz ogólne pytania o możliwe przeniesienia w innych krajach związkowych nie mogą zastąpić wniosku o udzielenie informacji o konkretnym środku, który może być pomocą. W przeciwnym razie nawet ogólne, wysyłane co dziesięć lat okólniki Komisji przerywałyby okres przedawnienia, podważając jego sens.
- (90) Zdaniem Komisji Niemcy i HLB w związku ze szczególnymi okolicznościami przeniesienia z 1986 r. mogą się powoływać na pewność prawną i zasadę poufności, nawet jeżeli wniesienie nie zostało zgłoszone zgodnie z art. 88 Traktatu WE. Należy przy tym uwzględnić, że prawo dotyczące pomocy państwa oraz praktyka kontroli w tym momencie nie były jeszcze tak zaawansowane jak to ma miejsce, począwszy od lat 90-tych. Dotyczy to szczególnie kwestii dokapitalizowania przedsiębiorstw przez właścicieli państwowych oraz na przykład zasady inwestora rynkowego, którą rozwinięto i zastosowano w praktyce dopiero po pierwszym przeniesieniu do HLB. W tym zakresie władze niemieckie i bank HLB, który w 1986 r. przeniósł udziały między dwoma przedsiębiorstwami należącymi do niego w 100 %, nie mogły wówczas zakładać, że tym samym zaistniała pomoc państwa i w konsekwencji konieczność jej zgłoszenia.
- (91) Komisja uznaje zatem, że upłynął okres dziesięcioletni wymieniony w art. 15 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 659/1999. Wniesienie 24 % udziałów WK do HLB w dniu 1 stycznia 1986 r., które może być pomocą, należy więc uznać za istniejącą pomoc w znaczeniu art. 15 ust. 3 wspomnianego rozporządzenia. Tekst zamieszczony poniżej dotyczy wyłącznie przeniesień z dnia 1 stycznia 1993 r.
- ## 2. POMOC PAŃSTWA W ROZUMIENIU ART. 87 USTĘP 1 TRAKTATU WE
- (92) Zgodnie z art. 87 ust. 1 Traktatu WE, z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w Traktacie, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna ze wspólnym rynkiem w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.
- ### 2.1. Zasoby państwowe i sprzyjanie określonemu przedsiębiorstwu
- (93) Jak już wspomniano wcześniej, dnia 1 stycznia 1993 r. przeniesiono łącznie prawie 58 % udziałów, które FHH posiadało w WE, bezpośrednio lub pośrednio (cichy udział poprzez spółkę HGV) do HLB. Stanowią one zasoby państwowe w znaczeniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE.
- (94) Korzyść ekonomiczna z rozszerzenia bazy kapitałowej polega na wynikającym z tego wzroście potencjału kredytowego oraz możliwości rozszerzenia działalności. Jeżeli dodatkowy kapitał własny zostanie udostępniony przedsiębiorstwu na warunkach korzystniejszych niż rynkowe, mamy do czynienia ze sprzyjaniem w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE. Do zbadania tej kwestii Komisja stosuje „zasadę inwestora rynkowego”. Trybunał Sprawiedliwości oraz Sąd Pierwszej Instancji zaakceptował i rozwinął tę zasadę w szeregu spraw, a w szczególności w orzeczeniu Sądu Pierwszej Instancji z dnia 6 marca 2003 r. w sprawie WestLB, który ma znaczenie dla tego przypadku ⁽¹⁹⁾.
- #### a) Zasada inwestora rynkowego
- (95) Zgodnie z zasadą inwestora rynkowego nie stanowi pomocy państwa udostępnienie zasobów kapitałowych na warunkach, „na których inwestor prywatny, działający zgodnie z normalnymi zasadami gospodarki rynkowej,

⁽¹⁹⁾ Patrz przypis 3.

byłby skłonny udostępnić te środki przedsiębiorstwu prywatnemu”⁽²⁰⁾. Natomiast uważa się, że inwestor rynkowy nie zaakceptowałby działania finansowego, jeżeli, co należy zbadać, oczekiwane lub uzgodnione wynagrodzenie za wniesione środki byłoby niższe niż wynagrodzenia płacone na rynku za porównywalne inwestycje.

- (96) Zasada inwestora rynkowego w takim samym stopniu dotyczy wszystkich przedsiębiorstw publicznych, i to niezależnie od tego, czy przynoszą one zyski, czy straty. To stanowisko Komisji potwierdził Sąd Pierwszej Instancji w orzeczeniu w sprawie WestLB⁽²¹⁾.
- (97) Komisja w swojej ocenie musi oprzeć się na danych dostępnych inwestorowi w momencie podejmowania przez niego decyzji w sprawie kwestionowanego działania finansowego. Odnosne władze zadecydowały o tutaj ocenianym przeniesieniu pod koniec 1992 r., a dnia 1 stycznia 1993 r. weszło ono w życie. I tak Komisja musi ocenić transakcję na podstawie wtedy dostępnych danych, oraz uwzględniając sytuację gospodarczą i rynkową w tamtym czasie. Dane przytoczone w tej decyzji, a odnoszące się do lat późniejszych, mają tylko za zadanie zilustrowanie sytuacji.
- (98) Jeżeli udziałowiec publiczny postanawia, że należy dokapitalizować bank, aby sprostał on wymaganiom dotyczącym kapitału własnego, pojawia się pytanie, czy inwestor rynkowy zaakceptowałby te szczególne okoliczności udostępnienia kapitału. Jeżeli dokapitalizowanie jest konieczne, aby spełnić wymagania dotyczące adekwatności kapitałowej, inwestor rynkowy zgodziłby się na takie działanie, aby utrzymać wartość dotychczasowych inwestycji. Zażądałby on jednak odpowiedniego zysku z kapitału z nowego dokapitalizowania, uwzględniając przy tym profil ryzyka.
- (99) Inwestor rynkowy weźmie pod uwagę możliwości inwestycyjne poza przedsiębiorstwem, także jeżeli już posiada udziały w danym przedsiębiorstwie. Podejście on decyzję o inwestycji dalszych środków w przedsiębiorstwo publiczne z reguły tylko wówczas, jeśli może oczekiwać odpowiedniego zysku z dodatkowo zainwestowanych środków. Samo tylko uniknięcie strat lub lepsze niż wcześniej wykorzystanie kwestionowanych środków zasadniczo nie mogą być brane pod uwagę przy rozstrzygnięciu kwestii, czy dane wniesienie kapitału stanowi pomoc państwa. Zamiast tego wniesienie kapitału przez udziałowca – niezależnie od tego, z jakich powodów do niego dochodzi – należy ocenić według tego, czy inwestor może liczyć na zwykły zysk z kapitału w odpowiednim okresie.
- (100) Powyższa interpretacja zasady inwestora rynkowego, którą Komisja zastosowała już w decyzji 2000/392/WE⁽²²⁾, nie została zakwestionowana przez Sąd. Sąd wziął pod uwagę, że prywatnemu inwestorowi, który posiada już udziały w przedsiębiorstwie, nie wystarczyłby fakt, że dana

inwestycja nie przynosi strat lub też przynosi tylko ograniczone zyski. Raczej brałby on zawsze pod uwagę odpowiedni zysk z inwestycji w zależności od okoliczności oraz od swoich krótko-, średnio- i długoterminowych interesów⁽²³⁾.

- (101) Z punktu widzenia zasady inwestora rynkowego główną kwestią niniejszego postępowania wyjaśniającego jest sprawa tego, czy inwestor rynkowy przeniósłby kapitał posiadający te same cechy co majątek funduszu celowego FHH na takich samych warunkach, w szczególności w odniesieniu do przewidzianego zysku z kapitału.

b) Artykuł 295 Traktatu WE

- (102) Zgodnie z art. 295 Traktatu WE zasady prawa własności obowiązujące w poszczególnych Państwach Członkowskich pozostają bez zmian. Nie usprawiedliwia to jednakże naruszania reguł konkurencji określonych w Traktacie.
- (103) Niemcy uzasadniały, że przeniesionych środków nie można było spożytkować w inny, bardziej opłacalny sposób niż poprzez wniesienie do podobnej instytucji publicznej. Dlatego też przeniesienie stanowiło najbardziej sensowne komercyjne zaangażowanie majątku. Każde wynagrodzenie za wniesienie, tzn. każdy dodatkowy zysk z przeniesionego kapitału, byłby wystarczający, aby uzasadnić przeniesienie ze względu na zasadę „inwestora rynkowego”.
- (104) Powyższej argumentacji nie można przyjąć. Możliwe, że wniesienie udziałów do HLB oraz wynikająca z tego dla banku możliwość spożytkowania części kapitału, aby spełnić kryteria wypłacalności, były ekonomicznie najbardziej sensownym wykorzystaniem kapitału. Jeżeli jednak pieniądze publiczne oraz inne aktywa zostaną użyte na działalność komercyjną i zorientowaną na sprostanie konkurencji, należy stosować do nich reguły rynkowe. Oznacza to, że jeżeli państwo zdecyduje o wykorzystaniu majątku przeznaczonego na cele publiczne (także) na cele komercyjne, powinno wymagać wynagrodzenia, które odpowiada wynagrodzeniu rynkowemu.

c) Struktura własnościowa

- (105) Zasadniczą kwestią tego badania jest, czy działający w normalnych warunkach gospodarki rynkowej inwestor prywatny o podobnej wielkości jak organy administracyjne sektora publicznego w odpowiednich okolicznościach zdecydowałby się na omawiane dokapitalizowanie, jak stwierdził to Sąd Pierwszej Instancji w orzeczeniu w sprawie WestLB, odsyłając do dotychczasowego orzecznictwa⁽²⁴⁾. Wreszcie, jak wyjaśnił Sąd, odsyłając ponownie do innych orzeczeń, „należy porównać zachowanie inwestora publicznego z prywatnym pod kątem zachowania inwestora prywatnego w stosunku do omawianej transakcji wobec informacji dostępnych w tamtym momencie i przewidywal-

⁽²⁰⁾ Komunikat Komisji do Państw Członkowskich: Stosowanie art. 92 i 93 Traktatu WE oraz art. 5 dyrektywy Komisji 80/723/EWG w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między Państwami Członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, Dz.U. C 307 z 13.11.1993, str. 3, patrz pkt. 11. W niniejszym komunikacie chodzi wprawdzie wyraźnie o przemysł przetwórczy, jednakże zasada ma zastosowanie niewątpliwie także do wszystkich pozostałych branż gospodarczych. Jeśli chodzi o usługi finansowe, Komisja podkreśliła powyższe kilkoma decyzjami, m. in. w sprawie Crédit Lyonnais (Dz. U. L 221 z 8.8.1998, str. 28) i GAN (Dz.U. L 78 z 16.3.1998, str. 1).

⁽²¹⁾ Patrz przypis 3, pkt. 206 i nast.

⁽²²⁾ Patrz przypis 2, pkt. 161 i nast.

⁽²³⁾ Patrz przypis 3, pkt. 241, 314.

⁽²⁴⁾ Wyrok WestLB, pkt. 245.

nego rozwoju sytuacji”⁽²⁵⁾). To pokazuje, że dla badania istotny jest moment inwestycji oraz rozsądne oczekiwania inwestora, tzn. wynikające z dostępnych w tamtym momencie informacji. Dotyczą one przede wszystkim prawdopodobnego zysku z kapitału.

- (106) FHH było jedynym udziałowcem HLB. Nawet jeśli ta okoliczność umożliwiałyby rezygnację z uwzględnienia wyłącznie wynagrodzenia stałego – tutaj [...] mln DEM [...], odpowiednio [maksymalnie 10 %] za cichy udział – nie można w tym przypadku użyć argumentu właściciela, jakim było FHH, do uzasadnienia niskiego bezpośredniego wynagrodzenia.
- (107) Powoływanie się na to, że FHH było jedynym właścicielem, zakładałoby istnienie odpowiedniego planu działania, ekspertyzy dotyczącej wartości lub wyceny oczekiwanego zysku z kwestionowanej inwestycji.
- (108) Tak nie było w omawianym przypadku. W momencie inwestycji nie istniał ani biznesplan, ani ekspertyza dotycząca wartości lub inna ekspertyza dotycząca oczekiwanego zysku z kwestionowanej inwestycji. W związku z tym oprócz uzgodnionego, bezpośredniego wynagrodzenia Komisja nie posiada żadnych znaczących i kwantytatywnych dowodów potwierdzających, jakiego zysku z kapitału oczekiwało FHH w tamtym czasie.
- (109) Niemcy wyjaśniły, że należy uwzględnić zarówno zyski samodzielnie wypracowane przez HLB i kapitał zapasowy regularnie przekształcany w kapitał akcyjny, jak również dywidendy wypłacone jednemu udziałowcowi, FHH, ponieważ zyski wypracowane przez HLB wynikają w sposób oczywisty ze środków przeniesionych przez FHH. Poza tym należy uwzględnić wzrost wartości, który osiągnięto dzięki wniesionemu kapitałowi i który zrealizowano poprzez sprzedaż udziałów bankowi LSH w 1997 r.
- (110) Jednak zgodnie z zasadą inwestora rynkowego dywidendy wypłacone po dokonanej inwestycji oraz zrealizowany wzrost wartości nie są istotne, gdyż inwestor oczekuje odpowiedniego zysku z kapitału albo ustala stały zysk na podstawie informacji dostępnych w momencie inwestycji. Zatem dywidendy lub wzrost wartości, których nie można było skalkulować z góry, nie są miarodajne. Decydująca nie jest również kwestia, czy wzrost wartości w drodze sprzedaży generuje przychód, czy nie. Ponadto dywidendy wypłaca się od udziałów w kapitale akcyjnym, a nie w kapitale zapasowym, nawet jeśli przyczynia się on do wzrostu zysku przypadającego na udział.
- (111) Komisja uważa w związku z tym, że w omawianym przypadku odpowiedni zysk z kapitału należy ustalić na podstawie wynagrodzenia, którego zażądałby inwestor rynkowy.

d) **Wynagrodzenie i elementy wynagrodzenia za wniesienie 659,4 mln DEM do kapitału zapasowego HLB**

Baza kapitałowa do obliczenia wynagrodzenia

- (112) Zgodnie z podejściem w przypadku WestLB, które potwierdził również Sąd Pierwszej Instancji, wynagrodzenie należy zapłacić za całą wartość przeniesionych aktywów. Przy czym wynagrodzenie za różne części przeniesionych aktywów może być różne. Aby ustalić odpowiednie wynagrodzenie, należy podzielić różne części kapitału zapasowego w zależności od tego, jaką korzyść odniósł z nich bank HLB.
- (113) Wartość przeniesionych i ujętych w bilansie udziałów wynosiła od dnia 1 stycznia 1993 r. nieprzerwanie 659,4 mln DEM. Jednak przed uznaniem tej kwoty przez BAKred nie mogła być ona w pełni wykorzystana jako kapitał własny. Aż do chwili uznania za kapitał własny do dnia 1 stycznia 1997 r. BAKred tolerował korzystanie z niej w zakresie, w jakim było to konieczne do spełnienia obowiązujących w danym momencie przepisów dotyczących wypłacalności. I tak w okresie od 1993 r. do 1996 r. HLB wykorzystał częściowo kapitał zapasowy, tzn. od 182,5 mln DEM (1993 r.), poprzez 435,6 mln DEM (1994 r.) i 255,1 mln DEM (1995 r.) do 451,1 (1996 r.). Od 1997 r. z powodu wymaganego przez nadzór bankowy pokrycia kapitału zapasowego przez kapitał własny w stałej wysokości [...] mln DEM w pełnym zakresie można było wykorzystać tylko [...] mln DEM do maja 2003 r. włącznie. W zamieszczonej w pkt 183 tabeli przedstawiono podstawę obliczenia odpowiedniego zysku z obowiązkowego kapitału własnego.
- (114) Części kapitału zapasowego niepokryte do 1997 r., lub które od tego momentu nie mogły być pokryte, (patrz tabela w pkt. 183) wprawdzie nie były lub nie mogły być wykorzystane do rozszerzenia działalności komercyjnej, stanowiły jednak korzyść dla HLB, ponieważ wysokość kapitału własnego ujęta w bilansie informuje inwestorów o solidności banku i w związku z tym wpływa na warunki, na których bank może pozyskać kapitał obcy. Wierzytiele i agencje ratingowe biorą pod uwagę całościową sytuację ekonomiczną i finansową banku. Kwoty te wprawdzie nie mogły być wykorzystane do corocznego rozszerzenia działalności, ale poprawiały wizerunek banku w oczach wierzycieli, dlatego funkcję ekonomiczną kapitału można pod tym względem porównać przynajmniej z gwarancją.
- (115) Inwestor rynkowy zażądałby odpowiedniego wynagrodzenia w związku z korzyścią ekonomiczną płynącą z tych środków.

Odpowiednie wynagrodzenie za kapitał obowiązkowy

- (116) Za inwestycje finansowe o różnej jakości ekonomicznej wymaga się różnych zysków z kapitału. Badając, czy inwestycję zaakceptowałby inwestor rynkowy, należy wziąć pod uwagę szczególnie charakter ekonomiczny kwestionowanego działania kapitałowego oraz wartość kapitału udostępnionego HLB.

⁽²⁵⁾ Wyrok WestLB, pkt. 246.

Podobieństwo inwestycji do kapitału zakładowego

- (117) Komisja jest zdania, że środki wniesione do kapitału zapasowego, które BAKred przynajmniej od 1997 r. uznał za kapitał podstawowy, niezależnie od braku płynności, najbardziej przypominają inwestycję w kapitał zakładowy.
- (118) To zdanie podziela również główny skarżący. Niemcy porównały kapitał zapasowy – ze względu na profil ryzyka – z cichym udziałem. W swoim porozumieniu strony przyjęły podobieństwo do kapitału zakładowego jako podstawę do obliczenia odpowiedniego wynagrodzenia.
- (119) Ponieważ rezerwa celowa została uznana przez BAKred za kapitał podstawowy („kapitał pierwszej kategorii”), można ją porównać tylko z takimi instrumentami kapitału własnego, które w roku wniesienia były uznawane w Niemczech za kapitał podstawowy. Według informacji posiadanych przez Komisję w roku 1992 tylko kapitał akcyjny lub zakładowy banku i kapitał zapasowy oraz ciche udziały spełniały szczególne wymagania § 10 ust. 4 KWG (Prawo bankowe).
- (120) Już w decyzji 2000/392/WE Komisja jasno stwierdziła, że porównanie majątku Wfa, również uznanego za kapitał podstawowy, z hybrydowymi instrumentami kapitałowymi, które zostały uznane tylko za kapitał uzupełniający, jak np. certyfikaty uprawniające do udziału w zyskach oraz akcje uprzywilejowane bez prawa głosu, nie mogą stanowić podstawy do określenia odpowiedniego wynagrodzenia za przeniesiony kapitał⁽²⁶⁾. Kapitał podstawowy ma istotne znaczenie dla przedsiębiorstwa, ponieważ pozwala na pozyskanie uzupełniających środków własnych (np. certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach) do takiej samej wysokości, i w ten sposób pozwala na powiększenie środków własnych. Warunkiem uznania za kapitał podstawowy jest podwyższona ekspozycja na ryzyko udostępnionego kapitału, co przeważnie znajduje także odbicie w wyższym wynagrodzeniu rynkowym tych instrumentów. Porównanie z kapitałem uzupełniającym, który tylko w ograniczonym stopniu może być przeznaczony na rozszerzenie działalności, należy zatem od początku wykluczyć.
- (121) Komisja jest zdania, że porównanie z cichymi udziałami, którego dokonały Niemcy i HLB, jest niewłaściwe i na jego podstawie nie można obliczyć odpowiedniego wynagrodzenia za kapitał zapasowy. Przeniesienie udziałów należy raczej porównać z inwestycją w kapitał zakładowy HLB.
- (122) Ważnym aspektem jest przy tym dla Komisji fakt, że wniesienie majątku funduszu celowego nie nastąpiło w formie prawnej cichego udziału, lecz w wyniku utworzenia kapitału zapasowego. Ponadto zgadza się

wprawdzie, że kapitał rezerwowy ma niektóre cechy, które są bardziej charakterystyczne dla typowych cichych udziałów. Jednak Komisja jest zdania, że również ryzyko, że wniesiony kapitał w przypadku niewypłacalności lub likwidacji zostanie przynajmniej częściowo użyty na pokrycie strat, nie jest mniejsze niż w przypadku inwestycji w kapitał zakładowy.

- (123) Na podstawie wymienionych aspektów, szczególnie analizy ryzyka, które podjął inwestor w przypadku omawianej transakcji, Komisja doszła do wniosku, że podstawą obliczenia odpowiedniego wynagrodzenia za wniesiony kapitał zapasowy jest kapitał zakładowy udostępniony HLB.

Koszty związane z płynnością

- (124) Niemcy są zdania, że z powodu braku płynności przeniesionych udziałów WK i związanych z tym kosztów refinansowania należy je porównać z wkładem rzeczowym. Jak twierdziły Niemcy w swoich pierwszych uwagach, w odniesieniu do zysku z kapitału brutto oznacza to różnicę ok. 6,6 % w porównaniu z kapitałem w gotówce. Koszty te musi uwzględnić również inwestor rynkowy, ustalając odpowiednie wynagrodzenie.
- (125) Komisja jest również zdania, że należy uwzględnić brak płynności. „Normalne” wniesienie kapitału oznacza dla banku zarówno poprawę płynności, jak i zwiększenie środków własnych koniecznych do rozszerzenia działalności w świetle przepisów nadzoru bankowego. Aby bank mógł w pełni wykorzystać kapitał, tzn. rozszerzyć aktywa ważone 100 %-tym ryzykiem o współczynnik 12,5 (100 podzielone przez współczynnik wypłacalności 8 %), musi się on refinansować na rynkach kapitałowych 11,5 razy. Mówiąc prościej, różnica 12,5 razy otrzymanych i 11,5 razy zapłaconych odsetek od tego kapitału minus inne koszty banku (np. koszty administracyjne) daje zysk z kapitału własnego⁽²⁷⁾.
- (126) Ponieważ na początku kapitał nie oznaczał dla banku HLB większej płynności, poniósł on dodatkowe koszty finansowania w wysokości kwoty kapitału, kiedy pozyskiwał konieczne środki na rynkach finansowych, aby w pełni wykorzystać możliwości transakcyjne stworzone dzięki dodatkowemu kapitałowi własnemu, tzn. aby rozszerzyć aktywa ważone ryzykiem o 12,5-krotność kwoty kapitału (lub utrzymać aktywa w tej wysokości)⁽²⁸⁾. Z powodu tych dodatkowych kosztów, które nie powstałyby w przypadku wniesieniu płynnego kapitału własnego, przy obliczaniu odpowiedniego wynagrodzenia konieczne jest właściwe potrącenie. Inwestor rynkowy nie może oczekiwać, że otrzyma takie samo wynagrodzenie, jak za kapitał wniesiony w gotówce.

⁽²⁷⁾ W rzeczywistości sytuacja jest dużo bardziej skomplikowana, np. z powodu pozycji pozabilansowych, różnych wag ryzyka dla aktywów oraz pozycji z ryzykiem zerowym. Sens argumentacji nie zostaje jednak naruszony.

⁽²⁸⁾ Sytuacja się nie zmienia, jeżeli uwzględni się możliwość pozyskania kapitału uzupełniającego do wysokości kapitału podstawowego (współczynnik 25 zamiast 12,5 dla kapitału podstawowego).

⁽²⁶⁾ Patrz przypis 2, pkt. 199.

(127) Komisja jest przy tym zdania, że w rachunku nie trzeba uwzględniać całej stopy refinansowania. Koszty refinansowania są kosztami działalności i zmniejszają przychód do opodatkowania. Wynik netto banku w obu przypadkach nie zmniejsza się o kwotę dodatkowo zapłaconych odsetek. Część kosztów jest rekompensowana niższym podatkiem dochodowym od osób prawnych. Tylko koszty netto mogą być uznane za dodatkowe obciążenie banku HLB w związku ze szczególnym charakterem przeniesionego kapitału. Ogólnie Komisja uznaje więc, że HLB ponosi dodatkowe „koszty płynności” w wysokości „kosztów refinansowania minus podatek płacony przez przedsiębiorstwa”.

(128) W swoim porozumieniu strony również założyły koszty refinansowania netto i na tej podstawie wykonały obliczenia. Dla pełnych kosztów refinansowania ustaliły one ponadto stopę długoterminowych bezpiecznych papierów wartościowych w wysokości 7,23 %⁽²⁹⁾. Ponadto strony porozumiały się co do zastosowania ryczałtowej stopy podatkowej w wysokości 50 %⁽³⁰⁾.

Obliczenie oczekiwanego minimalnego wynagrodzenia za inwestycję w kapitał zakładowy HLB

(129) Oczekiwany zysk z inwestycji oraz ryzyko inwestycji stanowią podstawowe czynniki wpływające na decyzję inwestora rynkowego. Aby określić wysokość obu czynników, inwestor wykorzystuje wszystkie dostępne informacje o firmie i rynku. Opiera się on przy tym na historycznych danych dotyczących średniego zysku z kapitału, które dają ogólne pojęcie o przyszłej wydajności przedsiębiorstwa, a także między innymi na analizie aktualnego modelu działania przedsiębiorstwa, strategii i jakości zarządzania oraz relatywnych prognoz dla danej branży.

(130) Inwestor rynkowy zainwestuje tylko wtedy, jeśli inwestycja ta będzie dawała wyższy zysk z kapitału lub niższe ryzyko w porównaniu z najbardziej możliwą alternatywą zaangażowania kapitału. Inwestor nie zdecyduje się na inwestycję w przedsiębiorstwo, jeśli oczekiwany zysk z kapitału jest niższy niż średni oczekiwany zysk z kapitału innych przedsiębiorstw o porównywalnym profilu ryzyka. W omawianym przypadku można założyć, że istnieją wystarczające alternatywy do zakładanego zamierzenia inwestycyjnego, które obiecują wyższe zyski przy takim samym poziomie ryzyka.

(131) Aby obliczyć odpowiednie najniższe wynagrodzenie, można użyć różnych metod. Począwszy od najróżniejszych wariantów podejścia finansowego do metody CAPM. Do przedstawienia różnych rozwiązań należy dokonać rozróżnienia dwóch składników – zysku z bezpiecznych inwestycji oraz premii za ryzyko danego projektu: odpowiedni minimalny zysk z inwestycji obciążonej ryzykiem = podstawowa stopa procentowa bezpiecznych papierów wartościowych + premia za ryzyko inwestycji obciążonej ryzykiem. Odpowiedni minimalny zysk z inwestycji obciążonej ryzykiem można również określić jako

⁽²⁹⁾ Obliczając stopę procentową bezpiecznych papierów wartościowych, oparto się na indeksie REX10 performance index niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG), który stanowi ogólnie uznane źródło danych.

⁽³⁰⁾ Dokumenty udostępnione przez rząd niemiecki zawierały informacje o podatku dochodowym od osób prawnych w roku 1992 w wysokości 46 %, do którego należało doliczyć podatek solidarnościowy w wysokości 3,75 % (razem 49,75 %). W roku 1993 łączne obciążenie podatkowe uległo zmniejszeniu do 46 %, a w latach 1994 do 2000 wynosiło 49,5 %. Od 2001 r. łączne obciążenie podatkowe wynosiło 30 %.

sumę stopy zysku z bezpiecznej inwestycji i dodatkowej premii za ryzyko w związku z przejściem ryzyka specyficznego dla danej inwestycji.

(132) Podstawą obliczenia zysku z kapitału jest zawsze istnienie formy bezpiecznej inwestycji, dla której można założyć bezpieczny zysk z kapitału. Zwykle do obliczenia podstawowej stopy bezpiecznych papierów wartościowych przyjmuje się oczekiwany zysk z papierów wartościowych o stałym oprocentowaniu emitowanych przez państwo (względnie indeks bazujący na tych papierach wartościowych), ponieważ są to formy inwestycji o porównywalnie niskim ryzyku. Różnice między poszczególnymi metodami występują jednakże przy obliczeniu premii za ryzyko:

— *Podejście finansowe*: Zysk z kapitału własnego oczekiwany przez inwestora stanowi z punktu widzenia banku wykorzystującego kapitał przyszłe koszty finansowania. Przy tym podejściu określane są najpierw historyczne koszty kapitału własnego, które ponoszą banki porównywalne z opisywanym bankiem. Średnia arytmetyczna historycznych kosztów kapitału zostaje następnie porównana z przyszłymi, oczekiwanymi kosztami kapitału własnego, i w ten sposób z zyskiem z kapitału oczekiwanym przez inwestora.

— *Podejście finansowe ze skumulowanym rocznym wzrostem (compound annual growth rate)*: Centralnym punktem tej metody jest zastosowanie średniej wartości geometrycznej zamiast arytmetycznej (compound annual growth rate).

— *Metoda wyceny aktywów kapitałowych (capital asset pricing model – CAPM)*: W nowoczesnych finansach metodą najbardziej znaną i najczęściej testowaną jest CAPM, przy pomocy tej metody można określić zysk z kapitału oczekiwany przez inwestora przy pomocy następującego wzoru: oczekiwany zysk z kapitału = stopa bezpiecznych papierów wartościowych + premia za ryzyko rynkowe x beta. Współczynnik beta pozwala na porównanie ryzyka danego przedsiębiorstwa z łącznym ryzykiem wszystkich przedsiębiorstw. Premię za ryzyko tej szczególnej inwestycji oblicza się przez pomnożenie premii za ryzyko rynkowe oraz współczynnik beta.

(133) CAPM jest główną metodą obliczania zysków z inwestycji w duże przedsiębiorstwa notowane na giełdzie. HLB nie jest przedsiębiorstwem notowanym na giełdzie, dlatego nie można bezpośrednio wyprowadzić współczynnika beta. Zastosowanie metody CAPM jest możliwe wyłącznie na podstawie orientacyjnego współczynnika beta. Jak już wspomniano, między innymi z tego powodu Niemcy wyraziły wątpliwości co do zastosowania metody CAPM do wniesienia kapitału do banku kraju związkowego.

(134) Strony porozumienia zastosowały w swoich obliczeniach metodę CAPM. Przy tym przyjęły podstawową stopę procentową bezpiecznych papierów wartościowych w wysokości 7,23 %. Obliczając stopę procentową założono, że majątek celowy zostanie udostępniony bankowi HLB trwale. Strony nie zastosowały zatem zysku z bez-

piecznych papierów wartościowych o określonym czasie trwania inwestycji (np. dziesięcioletni zysk z obligacji państwowych) obserwowanego na rynku w dniu wniesienia kapitału, gdyż takie podejście pomijałoby ryzyko reinwestycji, tzn. ryzyko braku możliwości ponownego zainwestowania po upływie okresu inwestycji w wysokości stopy procentowej bezpiecznych papierów wartościowych. Zdaniem stron najlepiej odda się ryzyko inwestycji, przyjmując za podstawę „total return index”. Z tego powodu strony oparły się na indeksie niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG) REX10 performance index, który odzwierciedla dokładnie zachowanie (performance) inwestycji w obligacje federalne o dokładnie dziesięcioletnim czasie trwania. Zastosowany indeks uwzględnia stan indeksu REX10 performance index na koniec każdego roku od 1970 roku. Strony obliczyły w ten sposób zysk roczny, który odzwierciedla tendencję przyjętego indeksu REX10 performance index w okresie od 1970 do 1992 roku, i w ten sposób strony uzyskały wyżej wymienioną bezpieczną podstawową stopę procentową w wysokości 7,23 %.

(135) Biorąc pod uwagę, że wkład miał zostać udostępniony HLB trwale, procedura obliczenia podstawowych stóp procentowych bezpiecznych papierów wartościowych wydaje się w tym przypadku właściwa. Ponadto przyjęty indeks REX10 performance index stanowi ogólnie uznane źródło danych. Obliczona podstawowa stopa procentowa bezpiecznych papierów wartościowych wydaje się niniejszym uzasadniona.

(136) Współczynnik beta określony na poziomie 0,74 na podstawie ekspertyzy KPMG, którą dysponuje Komisja, dotyczącej tzw. skorygowanych (adjusted) współczynników beta wszystkich instytucji kredytowych notowanych na giełdzie w Niemczech. Na podstawie powyższej ekspertyzy oraz przy uwzględnieniu profilu działalności banku HLB należy uznać powyższy współczynnik beta za właściwy.

(137) Komisja uważa także premię za ryzyko rynkowe w wysokości 4,0 % za uzasadnioną. Już w trakcie postępowania, którego wynikiem była decyzja 2000/392/WE, kilkakrotnie podnoszono kwestię tzw. ogólnej długoterminowej premii za ryzyko rynkowe, a więc różnicy między długoterminowym średnim zyskiem ze zwykłego portfela akcji a zyskiem z obligacji państwowych. W odpowiednich ekspertyzach sporządzonych na potrzeby postępowania zastosowano, w zależności od metodyki, założonego okresu oraz danych, przedział od ok. 3 % do 5 %. Do wyliczeń w ekspertyzie sporządzonej dla BdB alternatywnie przyjęto wartości 3,16 % oraz 5 %, a inna ekspertyza sporządzona dla banku WestLB w ramach tego samego postępowania zakładała alternatywne wartości 4,5 % oraz 5 %, natomiast Lehman Brothers, którzy również pracowali na zlecenie WestLB, założyli stopę 4 %. Biorąc powyższe pod uwagę, Komisja nie widzi potrzeby w niniejszym przypadku zrezygnowania z rynkowej premii za ryzyko zastosowanej w porozumieniu. Na podstawie metody CAPM – zdaniem Komisji – nie ma wątpliwości, że minimalne wynagrodzenie obliczone przez strony jest odpowiednie.

(138) Komisja nie dostrzega przesłanek świadczących o tym, że obliczone przez strony minimalne wynagrodzenie za

hipotetyczną inwestycję w kapitał zakładowy nie wytrzymałoby testu rynkowego. Komisja ustala zatem odpowiednie minimalne wynagrodzenie w wysokości 10,19 % rocznie (każdorazowo po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym).

Brak marży na zysk z kapitału w związku ze 100 %-tym udziałem własnościowym

(139) Należy zbadać, czy istnieją powody dostosowania wynagrodzenia minimalnego. Zgodnie z podejściem zastosowanym w procedurach dotyczących innych banków krajów związkowych następujące trzy szczególne cechy transakcji mogą uzasadniać tę marżę: po pierwsze brak emisji nowych udziałów w spółce i związany z tym brak dodatkowych praw głosu, po drugie znaczna wartość przeniesionych aktywów i po trzecie brak płynności tego kapitału.

(140) Analogicznie do innych procedur Komisja uważa marżę w dwóch ostatnich przypadkach za nieuzasadnioną. Brak praw głosu w związku z nieprzeprowadzeniem emisji nowych udziałów również nie uprawnia do naliczenia marży, ponieważ FHH już posiadało 100 % udziałów i głosów.

Brak zmniejszenia wynagrodzenia z powodu uzgodnienia wynagrodzenia ryczałtowego

(141) Wynagrodzenie za akcje zależy bezpośrednio od wyników uzyskiwanych przez przedsiębiorstwo i wyraża się przede wszystkim w formie dywidend i udziału w przyroście wartości przedsiębiorstwa (np. wyrażonym we wzroście kursu akcji). FHH otrzymuje wynagrodzenie ryczałtowe, którego wysokość ma uwzględniać oba powyższe aspekty wynagrodzenia za „normalne” dokapitalizowanie. Można by argumentować, że stałe wynagrodzenie zamiast bezpośredniego uzależnienia wynagrodzenia od wyników HLB stanowi korzyść dla FHH, która usprawiedliwia redukcję stopy wynagrodzenia. Czy jednak takie stałe wynagrodzenie rzeczywiście jest korzystniejsze niż zmienne, zależne od zysku, zależy w dużej mierze od wyników przedsiębiorstwa osiągniętych w przyszłości. Jeśli pogorszą się one, wówczas stopa ryczałtowa jest korzystniejsza dla inwestora, przy ich poprawie jednak, przeciwnie, stanowi niekorzyść. Rzeczywistego rozwoju sytuacji nie można jednak uwzględniać przy późniejszej ocenie decyzji inwestycyjnej. Biorąc pod uwagę powyższe argumenty, Komisja uważa, że stopa wynagrodzenia nie może zostać zredukowana.

Łączne wynagrodzenie

(142) Na podstawie wszystkich powyższych rozważań i przychyłając się do prośby głównego skarżącego BdB, FHH i HLB, Komisja doszła do wniosku, że odpowiednie wynagrodzenie za kwoty wykorzystane do 1997 r. lub po tym terminie jako kapitał zapasowy lub na zabezpieczenie działalności powinno wynosić 6,57 % (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw), tj. 10,19 % zwykłego zysku z tej inwestycji minus 3,62 % z powodu nakładów finansowych, które poniósł HLB w związku z brakiem płynności wniesionych aktywów.

Odpowiednie wynagrodzenie za niepokrytą lub niemożliwą do pokrycia część kapitału zapasowego

- (143) Jak już udowodniono, również ta część kapitału własnego, która była niewykorzystana do 1997 r. lub nie mogła być pokryta później, miała wartość materialną dla HLB, a jej funkcję ekonomiczną można porównać z gwarancją lub poręczeniem. Aby podjąć takie ryzyko, inwestor rynkowy zażądałby odpowiedniego wynagrodzenia. Porozumienie między BdB, FHH oraz HSH Nordbank nie dotyczy tej kwestii.
- (144) Niemcy, opierając się na decyzji 2000/392/WE⁽³¹⁾, uważają, że stopa wyjściowa 0,3 % rocznie przed opodatkowaniem jest odpowiednia. Powody zwiększenia stopy wyjściowej we wspomnianej decyzji nie dotyczą jednak niniejszego przypadku. W decyzji na wymienioną stopę w wysokości 0,3 % rocznie (przed opodatkowaniem) ustalono marżę w wysokości kolejnych 0,3 % rocznie, ponieważ z jednej strony awale zwykle wiążą się z określonymi transakcjami i mają ograniczony czas trwania (tak nie było w przypadku WestLB), a z drugiej strony kwota w wysokości ponad 3,4 mld DEM udostępniona bankowi WestLB jest wyższa niż kwoty zwykle pokrywane przez takie poręczenia bankowe.
- (145) Biorąc pod uwagę zasadniczą porównywalność przypadków banków WestLB oraz HLB, a także z braku innych wyznaczników, Komisja uważa, że stopa w wysokości 0,3 % odpowiada wynagrodzeniu, które HLB musiałby zapłacić na początku lat 90-tych na rynku za przejęcie awalu na jego rzecz. Komisja stwierdza ponadto, że kwota kwestionowanego kapitału jest zdecydowanie niższa w przypadku banku HLB niż banku WestLB, a zatem drugi powód wymieniony w decyzji WestLB nie dotyczy tego przypadku. Funkcja gwarancyjna również w banku HLB nie była ograniczona czasowo lub też powiązana z określoną transakcją. Z drugiej jednak strony ograniczenie czasowe wynikało de facto z możliwości wykorzystania całej kwoty na rozszerzenie działalności po uznaniu jej przez BAKred za kapitał podstawowy. W ten sposób oddzielna prowizja za awal była zbędna. Wynagrodzenie za funkcję gwarancyjną było zawarte w wynagrodzeniu za funkcję rozszerzenia działalności. Korzystanie z samej tylko funkcji gwarancyjnej było od początku ograniczone, co różni przypadek HLB od przypadku WestLB.
- (146) Komisja jest zdania, iż w przypadku banku HLB, w przeciwieństwie do WestLB, marża nie jest uzasadniona i uznaje stopę w wysokości 0,3 % rocznie (przed opodatkowaniem) za odpowiednie wynagrodzenie za funkcję gwarancyjną kapitału od chwili bilansowego wniesienia kapitału na dzień 1 stycznia 1993 r. do momentu uznania przez BAKred. Uwzględnienie podatku, przy założeniu podatku od przedsiębiorstw w wysokości 50 % w tamtym terminie, daje stopę w wysokości 0,15 % rocznie. Stopa w wysokości 0,15 % rocznie po opodatkowaniu została wzięta pod uwagę przez strony w tabeli dołączonej do porozumienia, w której obliczono element pomocy.

- (147) Premia gwarancyjna jest kosztem działalności banku HLB i pomniejsza dochód do opodatkowania. Wynagrodzenie dla FHH płaci się z zysku po opodatkowaniu. W związku z tym stopę 0,3 % należy zasadniczo skorygować o stopę podatkową. Podobnie jak w przypadku kosztów refinansowania Komisja zakłada jednolitą łączną stopę podatkową w wysokości 50 %. Komisja ustala zatem stopę w wysokości 0,15 % rocznie po opodatkowaniu.

e) Wynagrodzenie za cichy udział

- (148) Za cichy udział płacono nieprzerwanie wynagrodzenie w wysokości [...] mln DEM, odpowiednio [maksymalnie 10 %] rocznie od kwoty 300 mln DEM. Zdaniem Komisji dla oceny nie ma znaczenia, że zostało ono zapłacone HGV, 100 % spółce holdingowej FHH, i że tę pośrednią drogę wybrano wyłącznie ze względów podatkowych. To, czy inwestor otrzyma wynagrodzenie przez spółkę holdingową, czy bezpośrednio, nie ma znaczenia podczas badania niniejszego przypadku w świetle przepisów dotyczących pomocy.
- (149) Cichy udział miał czas trwania 16 lat, tzn. wcześniejsze wypowiedzenie było wykluczone. W związku z tym należy go uznać za cichy udział terminowy, pomimo tak długiego okresu trwania.
- (150) Niemcy twierdziły, że wynagrodzenie za cichy udział w wysokości 1,29 % jest odpowiednie w związku z porównywalnością z innymi instrumentami oraz brakiem płynności. BdB uważało, że w przeciwieństwie do kapitału zapasowego należy dokonać potrącenia, ale generalnie należy założyć podobieństwo z inwestycją w kapitał zakładowy, stąd wyższe wynagrodzenie, jak już przedstawiono powyżej.

Baza kapitałowa

- (151) Wartość cichego udziału wynosiła od dnia 1 stycznia 1993 r. nieprzerwanie 300 mln DEM. Jednak przed uznaniem tej kwoty przez BAKred nie mogła być ona w pełni wykorzystana jako obowiązkowy kapitał własny, jak już przedstawiono powyżej. Od dnia 1 stycznia 1997 r. do maja 2003 r. włącznie można było wykorzystać całe 300 mln DEM. W zamieszczonej w pkt 183 tabeli przedstawiono podstawę obliczenia odpowiedniego zysku z obowiązkowego kapitału własnego.
- (152) Cichy udział niepokryty do 1997 r. wprawdzie nie był lub nie mógł być wykorzystany do rozszerzenia działalności komercyjnej, stanowił jednak korzyść dla HLB, ponieważ wysokość kapitału własnego ujęta w bilansie informuje inwestorów także o solidności banku i w związku z tym wpływa na warunki, na których bank może pozyskiwać kapitał obcy. Wierzyteli i agencje ratingowe biorą pod uwagę całościową sytuację ekonomiczną i finansową banku. Kwota ta wprawdzie nie mogła być wykorzystana do corocznego rozszerzenia działalności, ale poprawiła wizerunek banku w oczach wierzyteli, dlatego funkcję ekonomiczną kapitału można porównać przynajmniej z gwarancją.

⁽³¹⁾ Patrz przypis 2, pkt. 221.

(153) Inwestor rynkowy zażądałby odpowiedniego wynagrodzenia w związku z korzyścią ekonomiczną płynącą z tych środków. Wynagrodzenie to, dokładnie tak jak w przypadku kapitału zapasowego, było jednakże niższe od wynagrodzenia za tę część kapitału, którą HLB mógł wykorzystać na działalność komercyjną.

Kwalifikacja prawna i ekonomiczna wniesionego kapitału

(154) Analogicznie do decyzji 200/392/WE Komisja oblicza odpowiednie wynagrodzenie za przeniesiony majątek celowy, biorąc pod uwagę możliwość jego wykorzystania do celów komercyjnych przez bank HLB. Jak już wyjaśniono, punktem odniesienia dla oceny, czy wynagrodzenie jest zgodne z zasadami rynkowymi, jest wynagrodzenie, którego zażądałby inwestor rynkowy, udostępniający bankowi kapitał własny w takiej formie.

(155) BdB twierdzi przy tym, że mamy do czynienia z inwestycją podobną do inwestycji w kapitał zakładowy. Wprawdzie przeciwko tej porównywalności przemawia możliwość wypowiedzenia, nawet jeśli po tak długim czasie. Jednak cichy udział pokrywa straty w takim samym stopniu jak kapitał zakładowy. Ostatecznie możliwość wypowiedzenia zmniejsza ryzyko, co pozwala na obniżenie marży za cichy udział w porównaniu z marżą za kapitał zakładowy. Niemcy natomiast zaprzeczają, że inwestycja ta jest podobna do inwestycji w kapitał zakładowy, utrzymując że kapitał jest raczej cichym udziałem, co ma wpływ na wysokość wynagrodzenia.

(156) Niemcy, BdB oraz Komisja zgadzają się, że cichy udział stanowi kapitał podstawowy. Cichy udział został uznany przez BAKred, chociaż dopiero od 1997 r., za kapitał podstawowy („kapitał pierwszej kategorii”) i dlatego można go porównać tylko z takimi instrumentami kapitału własnego, które w roku wniesienia były uznawane w Niemczech za kapitał podstawowy.

(157) W tej części Komisja zgadza się ze stanowiskiem stron biorących udział w postępowaniu. Już w decyzji 2000/392/WE Komisja sprecyzowała, że porównanie majątku Wfa, również uznanego za kapitał podstawowy, z instrumentami kapitałowymi, które mogą być wykorzystane tylko jako kapitał uzupełniający, jak np. certyfikaty uprawniające do udziału w zyskach oraz akcje uprzywilejowane bez prawa głosu, nie może stanowić podstawy odpowiedniego wynagrodzenia za przeniesiony kapitał⁽³²⁾. Kapitał podstawowy ma istotne znaczenie dla przedsiębiorstwa, ponieważ pozwala na pozyskanie środków uzupełniających (np. certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach) w takiej samej wysokości, i w ten sposób pozwala na powiększenie środków własnych. Warunkiem uznania za kapitał podstawowy jest podwyższona ekspozycja na ryzyko udostępnionego kapitału, co przeważnie znajduje odbicie w wyższym wynagrodzeniu rynkowym tych instrumentów. Porównanie z kapitałem uzupełniającym, który tylko w ograniczonym stopniu może być

przeznaczony na rozszerzenie działalności, należy od razu wykluczyć.

(158) Zdaniem Komisji analiza ryzyka przemawia za tym, że cichy udział typologicznie jest „normalnym” cichym udziałem, a nie kapitałem zakładowym. W tym punkcie Komisja przychyliła się do zdania Niemiec. Zarówno kwestionowany cichy udział, jak również inne, terminowe ciche udziały pozyskane na rynku kapitałowym zostałyby zwrócone w przypadku upadłości przed kapitałem zakładowym, co znaczy, że inwestor otrzyma je z masy upadłościowej, a w przypadku inwestycji w kapitał zakładowy nie otrzymałby nic. Tak długo, jak przedsiębiorstwo nie będzie przynosić strat, FHH otrzyma całe uzgodnione wynagrodzenie, podczas gdy inwestorowi w kapitał zakładowy przysługuje tylko roszczenie do wypłaty dywidendy odpowiednio do jego udziału w zyskach, tzn. znacznie zredukowanej.

Obliczenie odpowiedniego wynagrodzenia za terminowy cichy udział w HLB

(159) Jak już wyjaśniono, Komisja uznaje przedmiotowe działanie kapitałowe za cichy udział. Zatem do oceny zgodności z rynkiem tego konkretnie ustalonego wynagrodzenia miarodajne jest, czy można je uznać za standardowe wynagrodzenie rynkowe za ekonomicznie i prawnie porównywalne transakcje, których przedmiotem są ciche udziały. Wynagrodzenie za przedmiotowy cichy udział, należy, zakładając metodykę zastosowaną przez FHH oraz HLB, obliczyć na podstawie cichych udziałów o określonym czasie trwania, których inne parametry są jednak porównywalne.

(160) Niemcy twierdziły, że w latach 90-tych banki krajów związkowych coraz częściej wykorzystywały ciche udziały do rozszerzenia swojej bazy kapitałowej. Cichy udział powstały w wyniku wniesienia udziałów WK do HLB jest prawdopodobnie jedną z pierwszych takich transakcji o znacznej wartości w niemieckim sektorze bankowym.

(161) Jak pokazuje analiza ryzyka różnych instrumentów kapitału własnego, ciche udziały – przy porównywalnej funkcji gwarancyjnej – ze względu na możliwość nadania im cech terminowej inwestycji ze stałym wynagrodzeniem wykazują duże podobieństwo do certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach (Genussscheine). Bank przyjmujący uzyskuje przy tym korzyść podatkową, ponieważ odsetek nie wypłaca się z podzielonego zysku, ale zwyczajowo, i także w tym przypadku, są one kosztem działalności (pomniejszającym podatek).

(162) Cichy udział banku HLB z dnia 1 stycznia 1993 r. był pierwszą i przez prawie pięć lat również jedyną taką transakcją dla banku, a HLB nie miał informacji o porównywalnych transakcjach innych banków krajów związkowych w tym czasie. Bezpośrednie określenie odpowiedniej premii za ryzyko dla cichego udziału na podstawie innych umów o wniesienie cichych udziałów jest w związku z tym

⁽³²⁾ Patrz przypis 2, pkt. 199.

niemożliwe. Dostępne dane dotyczące terminowych i bezterminowych cichych udziałów wniesionych przez osoby trzecie w latach 1997 do 1998 r. umożliwiają jednak pośrednie wnioski, jeżeli możliwa jest kwantyfikacja zmian odpowiedniej premii za ryzyko za instrumenty kapitału własnego banku HLB między końcem 1992 r. a końcem 1997 r. Wymiernikiem mogą tutaj być zmiany premii za ryzyko dla długoterminowych papierów wartościowych uprawniających do udziału w zyskach HLB (HLB-Genussscheine). Jak pokazuje przekazane zestawienie, marża za ryzyko certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach banku HLB, której żądali inwestorzy, w tym okresie wzrosła zauważalnie⁽³³⁾. Jeżeli więc przeniesiemy sytuację rynkową z końca 1997 r. na dzień 31 grudnia 1992 r., odpowiednia premia za ryzyko na koniec 1992 r. przynajmniej nie będzie za niska⁽³⁴⁾. Zgodnie z tym premię odpowiednią na koniec 1992 r. za ryzyko cichego udziału o czasie trwania i można obliczyć przy pomocy następującego równania: $\text{Premia za ryzyko ciche udziały, } i,1992 = \text{swap spread obligacje federalne, } i,1992 + \text{swap spread ciche udziały, } i,1997$.

- (163) Z danych uzyskanych z rynku w grudniu 1997 r. oraz w lutym 1998 r. oraz stóp procentowych wniesionych cichych udziałów dla cichych udziałów z 16-letnim terminem wyliczono marżę w wysokości ok. 1,25 % ponad swap. W odniesieniu do danych rynkowych z dnia 31 grudnia 1992 r. (swap spread obligacji federalnych w wysokości 0,04 %) odpowiednią premię za ryzyko 16-letnich cichych udziałów należy obliczyć w następujący sposób: $0,04 \% + 1,25 \% = 1,29 \%$.
- (164) Alternatywnie można również obliczyć odpowiednią premię za ryzyko na podstawie warunków innych instrumentów finansowych o podobnym profilu ryzyka, co jest powszechnie stosowane w praktyce. Terminowe ciche udziały ze względu na profil ryzyka należy umieścić między certyfikatami uprawniającymi do udziału w zyskach a bezterminowymi cichymi udziałami. Ich premia za ryzyko powinna więc być wyższa niż certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach, ale niższa niż bezterminowych cichych udziałów. Podczas gdy wartości referencyjne dla bezterminowych cichych udziałów istniały dopiero od października 1999 r., dane rynkowe dla certyfikatów uprawniających do udziału w zysku były dostępne już na początku lat 90-tych, ponieważ instrumenty te od dawna są już emitowane i znajdują się w obrocie giełdowym. Oprócz tego premie za ryzyko dla certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach banków niemieckich na połowę grudnia 1991 r. znalazły się również w ekspertyzie Lehman Brothers sporządzonej na potrzeby WestLB⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ Miarodajna jest nie marża na zysk z kapitału w stosunku do obligacji federalnych, ale do swaps, ponieważ na swap spread obligacji federalnych ma wpływ przede wszystkim podaż i popyt na rynku swapowym, a nie rozważania na temat wypłacalności.

⁽³⁴⁾ W związku z licznymi zawirowaniami na rynkach finansowych – tutaj należy wymienić np. kryzys na rynkach rozwijających się w połowie 1997 r. – oraz implikacjami z procedury Komisji dotyczącej pomocy przyznanej WestLB, premia za ryzyko, której zażądałby inwestor za terminowy cichy udział w HLB na koniec 1992 r., powinna być rzeczywiście niższa niż wynika to z sytuacji rynkowej na koniec 1997 r.

⁽³⁵⁾ Porównaj: Lehman Brothers, Analiza dokapitalizowania w związku z wniesieniem Instytucji Wspierającej Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego kraju związkowego Północnej Nadrenii-Westfalii z dnia 8.7.1997, str. 4 oraz załącznik II, str. 27. Zostały tam wymienione emisje dużych niemieckich banków komercyjnych (Deutsche Bank, Dresdner Bank itp.), które w tamtym czasie w porównaniu z Hamburgskim Bankiem Krajowym wykazywały wyższe ryzyko.

(165) Aby na podstawie warunków dla certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach HLB na koniec 1992 r. wyciągnąć wnioski na potrzeby premii za ryzyko terminowych cichych udziałów w HLB, konieczne było oszacowanie odpowiedniej marży na zysk z kapitału między tymi dwoma instrumentami. Także tutaj w związku z niepełnymi danymi można było oprzeć się tylko na sytuacji rynkowej na koniec 1997 r./początek 1998 r. i obliczone w ten sposób ryzyko inwestora banku HLB przyjąć jako adekwatne na koniec 1992 r. Odpowiednią premię za ryzyko cichego udziału na koniec 1992 r. można obliczyć przy pomocy następującego równania: $\text{premia za ryzyko ciche udziały, } i,1992 = \text{premia za ryzyko papiery wart. uprawniające do udziału w zysku } i,1992 + \text{spread ciche udziały/certyfikaty, uprawniające do udziału w zysku, } i,1997$.

(166) Z danych uzyskanych z rynku w grudniu 1997 r. oraz w lutym 1998 r. dla cichych udziałów z 16-letnim terminem wyliczono na koniec 1997 r. marżę w wysokości ok. 0,35 % do 0,40 % ponad stopą 10-letnich certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach HLB. W odniesieniu do danych rynkowych z dnia 31 grudnia 1992 r. (premia za ryzyko 8-letnich certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach HLB w wysokości 0,91 %) odpowiednia premia za ryzyko 16-letnich cichych udziałów wynosi od 1,26 % do 1,31 %. Stosując premię za ryzyko 10-letnich certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach w wysokości 0,90 %, przyjętą w ekspertyzie Lehman Brothers na koniec 1991 r.⁽³⁶⁾, otrzymamy prawie identyczne wartości.

(167) Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy marża – obliczona obydwoma metodami – wynosi od 1,26 % do 1,31 %. Komisja otrzymała dane dotyczące emisji certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach oraz wniesionych wkładów, na podstawie których dokonano obliczeń. Komisja dysponuje również zestawieniami za odpowiednie lata obowiązujących stóp procentowych bezpiecznych obligacji federalnych oraz federalnych swaps spreads i miarodajnych spreads obowiązujących dla cichych udziałów. W związku z tym Komisja doszła do wniosku, że marża w wysokości 1,29 % jest w pełni uzasadniona.

(168) Zdaniem Komisji, przeprowadzając ocenę przedmiotowego cichego udziału z punktu widzenia przepisów o pomocy państwa, można zrezygnować z bardziej zaawansowanego badania rynku. Wystarczy, że Komisja przekona się na podstawie przedstawionych tendencji, że uzgodnione wynagrodzenie mieści się w przedziale rynkowym.

Koszty płynności

(169) Można uznać zgodne w tym zakresie argumenty Niemiec oraz BdB odnośnie do kosztów płynności, że „normalne” wniesienie kapitału do banku przysparza mu zarówno płynności, jak i środków własnych, które są konieczne do rozszerzenia działalności w świetle przepisów nadzoru bankowego. Jak już wcześniej wyjaśniono, aby bank mógł w pełni wykorzystać kapitał, tzn. rozszerzyć aktywa wazone 100 %-towym ryzykiem o współczynnik 12,5 (tzn. 100 podzielone przez współczynnik wypłacalności 8 %), musi się on refinansować na rynkach kapitałowych 11,5 razy. Mówiąc prościej, różnica 12,5 razy otrzymanych i 11,5 razy zapłaconych odsetek od tego kapitału minus

⁽³⁶⁾ Porównaj: Lehman Brothers, Analiza dokapitalizowania w związku z wniesieniem Instytucji Wspierającej Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego kraju związkowego Północnej Nadrenii-Westfalii z dnia 8.7.1997, str. 4.

inne koszty banku (np. koszty administracyjne) dają zysk z kapitału własnego⁽³⁷⁾. Ponieważ na początku przedmiotowy cichy udział nie przysparzał płynności bankowi HLB, poniósł on dodatkowe koszty finansowania w wysokości kwoty kapitału, kiedy pozyskiwał konieczne środki na rynkach finansowych, aby w pełni wykorzystać możliwości transakcyjne. Z powodu dodatkowych kosztów przy obliczaniu odpowiedniego wynagrodzenia konieczne jest właściwe potrącenie. Inwestor rynkowy nie może oczekiwać, że otrzyma takie samo wynagrodzenie, jak za kapitał wniesiony w gotówce.

(170) Jednakże, w odróżnieniu od BdB, Komisja uważa, że należy odjąć stopę refinansowania brutto. Koszty refinansowania są kosztami działalności i zmniejszają przychód do opodatkowania. To samo dotyczy także wynagrodzenia za cichy udział wniesiony od początku w płynnej formie. W porównaniu z tym, który, jak przedstawiono powyżej, umożliwia odpowiedni test rynkowy, nie powstaje żadna dodatkowa korzyść podatkowa. Wynik netto banku zmniejsza się zatem w obu przypadkach o kwotę odsetek zapłaconych za płynność. W ten sposób całość kosztów refinansowania można zaliczyć w koszty.

(171) Ten stan rzeczy jest podobny do przypadku Banku Krajów Związkowych Hesji i Turyngii, a różni się od innych banków krajów związkowych, które również były przedmiotem postępowania wyjaśniającego, ponieważ w tych ostatnich fundusze celowe zostały zaksięgowane w bilansie jako kapitał zapasowy, a całe wynagrodzenie potraktowane jako zysk do podziału, a nie jako koszty działalności, i w związku z tym płatne z zysku po opodatkowaniu. Te banki odniosły więc korzyść podatkową, skoro koszty pozyskiwanej płynności można zaliczyć w koszty działalności i pomniejszyć o nie podatek, podczas gdy miałyby to miejsca w przypadku inwestycji gotówkowej z identycznymi pozostałymi parametrami, która stanowi tutaj skalę porównawczą.

(172) Z braku (innej) korzyści podatkowej HLB musi zapłacić jedynie wynagrodzenie za ryzyko, na które FHH naraża swój fundusz celowy wniesiony w postaci cichego udziału, tzn. wynagrodzenie gwarancyjne wyrażone w punktach bazowych powyżej miarodajnej stopy referencyjnej.

Odpowiednie wynagrodzenie za niepokrytą część cichego udziału

(173) Jak już wspomniano wcześniej, w latach 1993 r. do 1996 r. włącznie cichego udziału nie był uznany za obowiązkowy kapitał podstawowy.

(174) W decyzji 2000/392/WE Komisja przyjęła stopę wyjściową od kwoty ujętej w bilansie, która jednak nie mogła być wykorzystana na pokrycie działalności komercyjnej, w wysokości 0,3 % przed opodatkowaniem. Do tego doliczono marżę w wysokości kolejnych 0,3 % w związku

z wysokością przedmiotowej kwoty oraz bezterminowością (patrz pkt 144).

(175) Inaczej niż w przypadku WestLB, Komisja uważa, że w związku z dużo niższą kwotą cichego udziału marża w przypadku HLB jest nieuzasadniona. Jednak z powodu porównywalności innych parametrów Komisja uznała stopę w wysokości 0,3 % rocznie (przed opodatkowaniem) za odpowiednie wynagrodzenie za funkcję gwarancyjną kapitału od chwili bilansowego wniesienia kapitału na dzień 1 stycznia 1993 r. do momentu uznania przez BAKred (patrz również pkt 145). Ponieważ wynagrodzenie za cały cichy udział można zaksięgować w koszty działalności i pomniejszyć o nie podatek, co także w tym punkcie odróżnia je od podatkowej kwalifikacji wynagrodzenia w decyzji 2000/392/WE, marżę tę należy potraktować jako stopę przed opodatkowaniem, jako że można ją zaliczyć w koszty działalności w pełnej wysokości.

(176) Z powyższego wynika, że wynagrodzenie za cichy udział w wysokości [...] mln DEM [...] odpowiednio [maksymalnie 10 %] było zdecydowanie za wysokie.

f) **Zakończenie uprzywilejowania banku**

(177) Niemcy wyjaśniły, że w związku z przeprowadzonym w dniu 2 czerwca 2003 r. połączeniem banku HLB z bankiem LSH, w wyniku którego powstał HSH Nordbank, udziały, które bank HLB posiadał w WK, zostały ponownie przeniesione na FHH.

(178) W ten sposób bank HLB od dnia 2 czerwca 2003 r. nie może już pokrywać ewentualnych ryzykownych aktywów z działalności komercyjnej majątkiem funduszu celowego lub wykorzystywać go jako gwarancję.

(179) Tak więc Komisja uważa za udowodnione, że wyłączenie majątku funduszu celowego w dniu 2 czerwca 2003 r. zakończyło badane tutaj uprzywilejowanie.

g) **Element pomocy**

(180) Z przedstawionych podstaw obliczeń, składników wynagrodzenia oraz wynagrodzeń za różne rodzaje przeniesionych aktywów wynikają kwoty zebrane w tabeli w pkt 183, które powinny być zostać zapłacone za poszczególne składniki i lata jako odpowiednie wynagrodzenie.

(181) Od tego należy odjąć kwoty, które były składnikami wynagrodzenia ustalonymi w momencie inwestycji. Zdaniem Komisji mowa jest o wynagrodzeniu za cichy udział w wysokości [...] mln DEM [...]. W przeciwieństwie do tego nie można zaliczyć innych składników, jak zapłacone dywidendy, które wymieniły Niemcy. Jak wyjaśniono powyżej (patrz pkt 110), zgodnie z zasadą inwestora rynkowego nie mają znaczenia dywidendy wypłacone po inwestycji i/lub zrealizowany wzrost wartości.

⁽³⁷⁾ W rzeczywistości sytuacja jest dużo bardziej skomplikowana, np. z powodu pozycji pozabilansowych, różnych wag ryzyka dla aktywów oraz pozycji z ryzykiem zerowym. Sens argumentacji nie zostaje jednak naruszony.

(182) Komisja stoi jednakże na stanowisku, że pomimo różnic między obydwoimi instrumentami kapitałowymi, dopuszczalne jest zaliczenie uzgodnionego, zawyżonego wynagrodzenia za cichy udział na poczet wynagrodzenia za całe zamierzenie inwestycyjne, ponieważ przeniesienie

przeprowadzone przez FHH w 1993 r. miało charakter całościowy. Dzięki temu można zaliczyć nadpłatę na wynagrodzenie za kapitał zapasowy. W tym celu musi on zostać przekształcony w wartość po opodatkowaniu, którą to kwestię strony pozostawiły w ich porozumieniu otwartą.

(183) Pomoc składa się zatem z następujących elementów ⁽³⁸⁾:

Tabela 1

Obliczenie elementu pomocy – HLB (w mln DM)

	(5 miesięcy)										
	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
część cichego udziału udostępnionego HLB	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0
należne wynagrodzenie (1,29 %)					3,9	3,9	3,9	3,9	3,9	3,9	1,6
należna prowizja za awal (0,3 %)	0,9	0,9	0,9	0,9							
opłacono	30,0	30,0	30,0	30,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
nadpłata (=zaliczona za kapitał zapasowy)	29,1	29,1	29,1	29,1	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
stopa opodatkowania przedsiębiorstw	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %
bez podatków	- 14,6	- 14,6	- 14,6	- 14,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
podlegająca zaliczeniu nadpłata po opodatkowaniu	14,6	14,6	14,6	14,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
część kapitału zapasowego udostępnionego HLB z WK1993	r	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4
uznane ostatecznie przez BAKred	0,0	0,0	0,0	0,0	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4
z tego niepokryte – naliczenie GS I	0,0	0,0	0,0	0,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
z tego pokryte/możliwe do pokrycia (od 1997)	182,9	435,6	255,1	208,3	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
z tego niepokryte/niemożliwe do pokrycia (od 1997)	476,5	223,7	404,2	451,1	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
należne wynagrodzenie (6,57 %)	12,0	28,6	16,8	13,7	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
należna prowizja za awal (0,15 %)	0,7	0,3	0,6	0,7	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
należne wynagrodzenie łącznie	12,7	29,0	17,4	14,4	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
podlegająca zaliczeniu nadpłata z cichego udziału	14,6	14,6	14,6	14,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Element pomocy	- 1,9	14,4	2,8	- 0,2	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁽³⁸⁾ Od 1.1.1999 r. DEM przeliczane są na euro po kursie 1,95583. Zawarte w tabeli dane dotyczące elementu pomocy za poszczególne lata należy odpowiednio przeliczyć w celu kalkulacji łącznej pomocy podlegającej windykacji.

(184) Różnica między rzeczywistymi płatnościami a płatnościami zgodnymi z warunkami rynkowymi stanowi element pomocy w wysokości 177,5 mln DEM (90,75 mln EUR).

2.2. Zakłócenie konkurencji oraz wpływ na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi

(185) Wskutek liberalizacji usług finansowych oraz integracji rynków finansowych sektor bankowy na obszarze Wspólnoty narażony jest coraz bardziej na zakłócenia konkurencji. Sytuacja ta zaostrza się obecnie jeszcze w ramach unii gospodarczo-walutowej, która ma przyczynić się do zniesienia pozostałych przeszkód dla konkurencyjności na rynkach usług finansowych.

(186) Będący beneficjentem Bank HLB prowadzi działalność bankową zarówno regionalnie, jak i w skali międzynarodowej. HLB uważał się za uniwersalny bank komercyjny, który finansował i nadal finansuje jako HSH Nordbank budowę statków na całym świecie. Pomimo nazwy, tradycji oraz zadań uregulowanych ustawowo, bank HLB do 2003 r. w żadnym razie nie był jedynie bankiem lokalnym lub regionalnym.

(187) Fakty pokazują, że bank HLB świadczył usługi, konkurując z innymi bankami europejskimi poza Niemcami oraz, ponieważ banki z innych państw europejskich prowadzą swoją działalność w Niemczech, na terenie Niemiec.

(188) Należy zwrócić uwagę również na to, że istnieje ścisły związek między kapitałem własnym instytucji kredytowej a jego działalnością bankową. Bank może pracować i rozszerzać swoją działalność komercyjną tylko wtedy, gdy posiada wystarczający, uznany kapitał własny. Ponieważ bank HLB otrzymał ten kapitał własny na cele wypłacalności wskutek podjęcia przez państwo środka pomocy, wpłynęło to pośrednio na możliwości transakcyjne banku.

(189) W związku z tym stwierdza się, że pomoc udzielona bankowi HLB zakłóca konkurencję oraz wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.

2.3. Wynik

(190) Na podstawie powyższych rozważań można stwierdzić, że zostały spełnione wszystkie kryteria art. 87 ust. 1 Traktatu WE i w związku z tym przeniesienie majątku funduszu celowego stanowi pomoc w rozumieniu tego artykułu.

3. ZGODNOŚĆ ZE WSPÓLNYM RYNKIEM

(191) W dalszej kolejności należy zbadać, czy pomoc ta może być uznana za zgodną ze wspólnym rynkiem. Żadne odstępstwo określone w art. 87 ust. 2 Traktatu WE nie znajduje zastosowania. Pomoc nie ma charakteru społecznego, ani nie została przyznana indywidualnym konsumentom. Nie miała ona także na celu naprawienia szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi lub innymi zdarzeniami nadzwyczajnymi, ani skompensowania niekorzystnych skutków gospodarczych spowodowanych podziałem Niemiec.

(192) Pomoc nie ma celu wspierania regionów – nie jest przeznaczona ani na sprzyjanie rozwojowi gospodarczemu regionów, w których poziom życia jest nienormalnie niski lub regionów, w których istnieje poważny stan niedostatecznego zatrudnienia, ani na ułatwianie rozwoju niektórych regionów gospodarczych – dlatego nie ma zastosowania ani art. 87 ust. 3 lit. a), ani aspekt regionów gospodarczych wymieniony w art. 87 ust. 3 lit. c) Traktatu WE. Pomoc nie jest przeznaczona na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania. Wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturowego także nie stanowią celu pomocy.

(193) Kontynuacja działalności banku HLB również nie była zagrożona w momencie przeprowadzania wymienionego działania, dlatego nie pojawiła się kwestia czy upadłość jednego z dużych banków, jakim jest HLB, mogłaby doprowadzić do kryzysu sektora bankowego w Niemczech, co z kolei na podstawie art. 87 ust. 3 lit. b) Traktatu WE mogłoby uzasadniać przyznanie pomocy w celu zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce Niemiec.

(194) Zgodnie z art. 87 ust. 3 lit. c) Traktatu WE za zgodną ze wspólnym rynkiem może zostać uznana pomoc państwa przeznaczona na sprzyjanie rozwojowi niektórych sektorów gospodarczych. Zasadniczo może to także odnosić się do pomocy na restrukturyzację w sektorze bankowym. W omawianym przypadku jednakże brak przesłanek koniecznych do zastosowania powyższego wyjątku. Banku HLB nie można uznać za przedsiębiorstwo w trudnej sytuacji, które musi otrzymać pomoc państwa dla odzyskania rentowności.

(195) Art. 86 ust. 2 Traktatu WE, który dopuszcza w określonych wyjątkowych sytuacjach odstępstwa od przepisów Traktatu o pomocy państwa, zasadniczo dotyczy także sektora usług finansowych. Komisja potwierdziła powyższe stwierdzenie w sprawozdaniu pt. „Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym przez sektor bankowy”⁽³⁹⁾. W niniejszym przypadku nie zostały spełnione przesłanki formalne, Niemcy również nie powołały się na nie.

(196) Ponieważ żadne z odstępstw od zasady zakazu pomocy państwa zgodnie z art. 87 ust. 1 Traktatu WE nie znajduje zastosowania, niniejszej pomocy państwa nie można uznać za zgodną z Traktatem. Wniesienie udziałów WK do HLB w dniu 1 stycznia 1993 r. nie jest pomocą istniejącą.

(197) Nie można uznać, że przeniesienie z dnia 1 stycznia 1993 r. mieści się w systemie poręczeń państwowych Anstaltslast i Gewährträgerhaftung.

(198) Po pierwsze przesłanki stanu nieograniczonej odpowiedzialności udziałowców banku za zobowiązania wierzycieli (Gewährträgerhaftung), jeżeli majątek banku nie jest wystarczający do ich zaspokojenia, od początku nie były spełnione. Wniesienie kapitału nie ma nic wspólnego ani z zaspokojeniem wierzycieli HLB, ani też majątek HLB nie był wyczerpany.

⁽³⁹⁾ Powyższe sprawozdanie przedłożono Radzie ds. Gospodarczych i Finansowych w dniu 23 listopada 1998 r., ale nie zostało ono opublikowane. Powyższe sprawozdanie można otrzymać w Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji oraz przeczytać na stronie internetowej Komisji.

(199) Po drugie nie zachodzi stan konieczności zapewnienia bankowi płynności (Anstaltslast). Poręczenie państwowe Anstaltslast zobowiązuje udziałowca (Anstaltsträger) do zapewnienia bankowi HLB środków koniecznych do prowadzenia działalności banku kraju związkowego, jeżeli zdecyduje on, że bank ma kontynuować działalność. Jednak w momencie wniesienia kapitału bank HLB w żadnym wypadku nie był w sytuacji, w której prowadzenie prawidłowej działalności nie byłoby możliwe. Wniesiony kapitał nie był więc konieczny do zapewnienia prawidłowej działalności banku HLB. Dzięki działaniu kraju związkowego jako właściciela, wynikającym ze świadomej kalkulacji ekonomicznej, bank będzie mógł również w przyszłości sprostać konkurencji na rynku. Do takiej normalnej, ekonomicznej decyzji kraju związkowego nie ma zastosowania „szczególna regulacja” poręczenia państwowego Anstaltslast. Z braku innych reguł pomocy państwa, które można by zastosować zgodnie z art. 87 ust. 1 i art. 88 ust. 1 Traktatu WE, wniesienie kapitału należy uznać za nową pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 i art. 88 ust. 3 Traktatu WE.

IX. WNIOSKI

- (200) Nie można nakazać windykacji prawdopodobnej pomocy związanej z wniesieniem udziałów WK w dniu 1 stycznia 1986 r., ponieważ upłynął termin określony w art. 15 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 659/1999, należy więc uznać ją za pomoc istniejącą w rozumieniu art. 15 ust. 3 ww. rozporządzenia.
- (201) Pomocy związanej z wniesieniem udziałów WK w dniu 1 stycznia 1993 r. nie można uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem ani na podstawie art. 87 ust. 2 lub ust. 3 Traktatu WE, ani na podstawie innego postanowienia Traktatu. Zgodnie z tym pomoc uznaje się za niezgodną ze wspólnym rynkiem, należy ją znieść, a Niemcy muszą przeprowadzić windykację pomocy przyznanej bezprawnie,

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

Pomoc państwa w wysokości 90,75 mln EUR, przyznaną przez Niemcy w okresie od dnia 1 stycznia 1993 r. do dnia 1 czerwca 2003 r. na rzecz Hamburgskiego Banku Krajowego – Centrali Żyrowej, obecnie HSH Nordbank AG, uznaje się za niezgodną ze wspólnym rynkiem.

Artykuł 2

Niemcy podejmą wszystkie konieczne środki w celu windykacji od beneficjenta przyznanej bezprawnie pomocy, o której jest mowa w art. 1.

Artykuł 3

Windykacja pomocy nastąpi bezzwłocznie zgodnie z procedurami przewidzianymi w prawie narodowym, pod warunkiem, że przewidują one bezzwłoczne i skuteczne wykonanie tej decyzji.

Kwota pomocy podlegająca windykacji obejmuje odsetki naliczone od dnia, w którym pomoc przyznana bezprawnie została udostępniona beneficjentowi do daty jej skutecznej windykacji.

Odsetki zostaną naliczone zgodnie z postanowieniami rozdziału V rozporządzenia Komisji (WE) nr 794/2004 ⁽⁴⁰⁾.

Artykuł 4

W terminie dwóch miesięcy od daty ogłoszenia niniejszej decyzji Niemcy poinformują Komisję przy pomocy załączonego kwestionariusza o środkach podjętych celem wykonania decyzji.

Artykuł 5

Decyzja jest skierowana do Republiki Federalnej Niemiec.

Bruksela, dnia 20 października 2004 r.

W imieniu Komisji

Mario MONTI

Członek Komisji

⁽⁴⁰⁾ Dz.U. L 140 z 30.4.2004, str. 1.

ZAŁĄCZNIK

INFORMACJE DOTYCZĄCE WYKONANIA DECYZJI KOMISJI

1. **Obliczenie kwoty podlegającej windykacji**

- 1.1. Prosimy o przedłożenie następujących danych szczegółowych dotyczących wysokości kwoty niedozwolonej pomocy, którą udostępniono beneficjentowi:

Data płatności (*)	Wysokość pomocy (*)	Waluta	Nazwa beneficjenta

(*) Data udostępnienia pomocy lub poszczególnych rat pomocy beneficjentowi (jeśli środek pomocy składa się z kilku rat oraz wynagrodzeń, należy wymienić je w oddzielnych wierszach)

(*) Wysokość pomocy przyznanej beneficjentowi (ekwiwalent pomocy brutto)

Uwagi:

- 1.2. Prosimy o dokładne wyjaśnienie sposobu naliczenia odsetek, które należy zapłacić od pomocy podlegającej windykacji.

2. **Działania już podjęte lub zaplanowane w celu windykacji pomocy państwa**

- 2.1. Prosimy o dokładne opisanie, jakiego rodzaju działania zostały podjęte oraz jakie zaplanowano, aby przeprowadzić bezpośrednią i skuteczną windykację pomocy państwa. Prosimy także o wyjaśnienie, jakie istnieją działania alternatywne na podstawie prawa narodowego w celu przeprowadzenia windykacji. Prosimy o podanie podstawy prawnej do przeprowadzonych/zaplanowanych działań, o ile ona istnieje.

- 2.2. Proszę podać w jakim terminie nastąpi zakończenie windykacji pomocy.

3. **Windykacja przeprowadzona**

- 3.1. Prosimy o przedłożenie następujących danych szczegółowych dotyczących pomocy, którą już odzyskano od beneficjenta:

Data (*)	Zwrócona kwota	Waluta	Nazwa beneficjenta

(*) Data zwrotu pomocy

- 3.2. Prosimy o potwierdzenie windykacji kwot pomocy, które wymieniono w powyższej tabeli w punkcie 3.1.

DECYZJA KOMISJI**z dnia 20 października 2004 r.****w sprawie pomocy państwa udzielonej przez Niemcy na rzecz Landesbank Schleswig-Holstein
Girozentrale, obecnie HSH Nordbank AG***(notyfikowana jako dokument nr C(2004) 3930)***(Jedynie tekst w języku niemieckim jest autentyczny)****(Tekst mający znaczenie dla EOG)**

(2006/741/WE)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, w szczególności art. 88 ust. 2 akapit pierwszy,

uwzględniając Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym, w szczególności art. 62 ust. 1 lit. a),

po wezwaniu Państwa Członkowskiego oraz zainteresowanych stron do przedstawienia uwag zgodnie z wyżej wymienionymi artykułami ⁽¹⁾ oraz po uwzględnieniu tych uwag,

a także mając na uwadze, co następuje

I. PROCEDURA

- (1) Przedmiotem postępowania jest przeniesienie Instytucji Kredytowej Wspierającej Budownictwo Mieszkaniowe kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn (Wohnungsbaukreditanstalt des Landes Schleswig-Holstein, dalej zwanej „WKA”), Kasy Wspierającej Rozwój Gospodarczy kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn (Wirtschaftsaufbaukasse Schleswig-Holstein AG, dalej zwanej „WAK”) oraz rezerwy celowej – nieruchomości, dokonane przez kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn na rzecz Banku Kraju Związkowego Szlezwik-Holsztyn – Centrali Żyrowej (Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale, dalej zwanego „LSH”). Postępowanie powiązane jest z sześcioma innymi postępowaniami wszczętymi przeciw Niemcom z powodu wniesienia aktywów do banków krajów związkowych, w szczególności do Zachodniemieckiego Banku Kraju Związkowego – Centrali Żyrowej (Westdeutsche Landesbank Girozentrale, dalej zwanego „WestLB”).
- (2) W dniu 12 stycznia 1993 r. Komisja wystosowała do Niemiec wnioski o udzielenie informacji dotyczących podwyższenia kapitału w wysokości 4 mld DEM w WestLB wskutek włączenia Instytucji Wspierającej Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego (Wohnungsbauförderanstalt, dalej zwanej „WfA”) oraz podobnego podwyższenia środków własnych w bankach innych krajów związkowych. We wniosku o udzielenie informacji Komisja pytała o to, w jakich bankach krajowych doszło do przeniesienia przedsiębiorstw publiczno-prawnych oraz o powody przeprowadzenia powyższych transakcji.
- (3) Niemcy odpowiedziały w pismach z dnia 16 marca 1993 r. oraz 17 września 1993 r. Komisja zwróciła się do Niemiec o dalsze informacje w pismach z 10 listopada 1993 r. oraz 13 grudnia 1993 r., a Niemcy przekazały odpowiedź pismem z dnia 8 marca 1994 r.
- (4) W pismach z dnia 31 maja 1994 r. oraz 21 grudnia 1994 r. Federalne Zrzeszenie Banków Niemieckich (Bundesverband deutscher Banken e.V., dalej zwane „BdB”), reprezentujące banki prywatne z siedzibą w Niemczech, poinformowało Komisję między innymi o włączeniu WKA oraz WAK łącznie z ich całym majątkiem z dniem 1 stycznia 1991 r. do banku LSH. Jednocześnie powstały wcześniej Bank Inwestycyjny Szlezwik-Holsztyn (Investitionsbank Schleswig-Holstein, dalej zwany „IB”) przejął zadania WKA oraz WAK. IB jest osobnym działem banku LSH. Zdaniem BdB związane z tym podwyższenie środków własnych LSH stanowi zakłócenie konkurencji na korzyść LSH, ponieważ za wniesienie majątku nie uzgodniono wynagrodzenia zgodnego z zasadą inwestora rynkowego. W drugim wymienionym piśmie BdB wniosło formalną skargę i wezwało Komisję do wszczęcia formalnego postępowania wyjaśniającego przeciwko Niemcom na podstawie art. 93 ust. 2 Traktatu WE (obecnie art. 88 ust. 2).
- (5) Skarga dotyczyła także podobnych transferów majątku na rzecz Landesbank Berlin, Westdeutsche Landesbank, Norddeutsche Landesbank, Hamburger Landesbank oraz Bayerische Landesbank. W lutym i marcu 1995 r. oraz w grudniu 1996 r. do skargi Federalnego Zrzeszenia Banków Niemieckich przyłączyło się kilka pojedynczych banków.
- (6) W pismach z dnia 6 sierpnia 1997 r. oraz dnia 30 lipca 1998 r. BdB poinformowało Komisję o dwóch dalszych transferach majątku w krajach związkowych Szlezwik-Holsztyn oraz Hesja na rzecz LSH oraz Banku Kraju Związkowego Hesja-Turyngia (Landesbank Hessen-Thüringen). Zgodnie z informacjami przekazanymi przez BdB kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn zamierzał wnieść zabudowane nieruchomości gruntowe kraju związkowego do banku IB oraz wykazać ten majątek jako rezerwę celową w kapitale własnym LSH. BdB powołał się na § 20 projektu ustawy zmieniającej Ustawę o Banku Inwestycyjnym kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn (stan na 26 czerwca 1997 r.), zgodnie z którym majątek w nieruchomościach po odjęciu zobowiązań należy wykazać w kapitale własnym LSH jako rezerwę celową. BdB zwrócił uwagę na uzasadnienie ustawy dotyczące § 20 projektu, według którego rezerwa celowa nieruchomości stanowi obowiązkowy kapitał własny banku kraju związkowego zgodnie z niemieckim Prawem bankowym (Kreditwesengesetz). Wskazany w uzasadnieniu ustawy cel „mobilizacji majątku kraju związkowego w celu uzyskania płynności bez utraty

⁽¹⁾ D.U. C 76 z 28.3.2003, str. 2.

kompetencji dyspozycyjnej i decyzyjnej kraju związkowego” nie zostałyby spełnione, jeśli bank LSH zapłaciłby rynkową cenę zakupu za przeniesione nieruchomości.

- (7) Komisja zbadała w pierwszej kolejności wniesienie majątku do WestLB, wyjaśniła jednakże, że zbada wniesienia majątku do innych banków w świetle wyników sprawy WestLB⁽²⁾. W decyzji 2000/392/WE⁽³⁾ Komisja wyjaśniła ostatecznie w 1999 r., że pomoc państwa (różnica między uiszczonym wynagrodzeniem a wynagrodzeniem rynkowym) nie jest zgodna ze wspólnym rynkiem i nakazała zwrot pomocy. Sąd Pierwszej Instancji uchylił powyższą decyzję wyrokiem z dnia 6 marca 2003 r.⁽⁴⁾ z powodu niewystarczającego uzasadnienia dwóch elementów użytych do obliczenia wysokości wynagrodzenia, lecz potwierdził ją w pod każdym innym względem.
- (8) W dniu 1 września 1999 r. Komisja wystosowała do Niemiec wnioski o udzielenie informacji dotyczących wniesienia majątku do pozostałych banków krajów związkowych. Niemcy w odpowiedzi przesłali w piśmie z dnia 8 grudnia 1999 r. informacje odnośnie do wniesienia WKA oraz WAK do LSH, uzupełnione w piśmie z dnia 22 stycznia 2001 r. Na kolejne pismo z dnia 22 lutego 2001 r. Niemcy odpowiedziały dnia 3 maja 2001 r.
- (9) Komisja poinformowała Niemcy pismem z dnia 13 listopada 2002 r. o przyjęciu decyzji o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 88 ust. 2 Traktatu WE odnośnie do przeniesienia WKA, WAK oraz rezerwy celowej – nieruchomości kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn do LSH. Jednocześnie Komisja wszczęła także postępowania z powodu podobnych transferów aktywów na rzecz Norddeutsche Landesbank Girozentrale, Bayerische Landesbank, Hamburgische Landesbank Girozentrale oraz Landesbank Hessen-Thüringen. Wcześniej, już w lipcu 2002 r., Komisja wszczęła postępowanie w związku z wniesieniem Instytucji Kredytowej Wspierającej Budownictwo Mieszkaniowe (Wohnungsbaukreditanstalt) do Landesbank Berlin.
- (10) Decyzje o wszczęciu postępowania wyjaśniających opublikowano w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*⁽⁵⁾. Komisja wezwała zainteresowane strony do przedstawienia uwag.
- (11) W piśmie z dnia 11 kwietnia 2003 r. bank LSH przekazał uwagi dotyczące wszczęcia postępowania w sprawie LSH.
- (12) W piśmie z dnia 14 kwietnia 2003 r. Niemcy przedstawiły swoje uwagi odnośnie do wszczęcia postępowania.
- (13) W piśmie z dnia 29 lipca 2003 r. BdB przekazało uwagi dotyczące wszystkich decyzji o wszczęciu postępowania z dnia 13 listopada 2002 r.
- (14) Na kolejny wniosek Komisji o udzielenie informacji z dnia 11 września 2003 r. Niemcy przekazały kolejne informacje

w pismach z dnia 29. października i 6. listopada 2003 r. oraz ustosunkowały się do uwag BdB w kwestii LSH. W piśmie z dnia 30 października 2003 r. Niemcy przekazały stanowisko kraju związkowego Nadrenia Północna-Westfalia oraz WestLB odnośnie do uwag BdB w kwestii pięciu postępowań dotyczących banków krajowych wszczętych w listopadzie 2002 r.

- (15) Na kolejne wnioski Komisji o udzielenie informacji z dnia 7 kwietnia 2004 r., 30 kwietnia 2004 r., 19 maja 2004 r. oraz 12 sierpnia 2004 r. Niemcy odpowiedziały w pismach z dnia 1. i 28. czerwca 2004 r., 27 maja 2004 r., 23 czerwca 2004 r., 27 sierpnia 2004 r. oraz 30 września 2004 r.
- (16) Dnia 19 lipca 2004 r. główny skarżący (BdB), kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia oraz WestLB AG przedłożyli tymczasowe porozumienie o odpowiednim wynagrodzeniu za przeniesiony majątek. Powyższe wynagrodzenie powinno być ich zdaniem podstawą przyjęcia decyzji przez Komisję. Komisja otrzymała ostateczną wersję porozumienia dnia 13 października 2004 r. Ponadto BdB, kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn oraz HSH Nordbank, bank który powstał z LSH oraz Hamburgskiego Banku Krajowego w 2003 r., przekazały dnia 29 września 2004 r. tymczasowe porozumienie o odpowiednim wynagrodzeniu za wniesiony majątek funduszu celowego. Następnie Komisja otrzymała kilka pism od powyższych stron oraz od Niemiec. Ostateczna wersja porozumienia w sprawie przeniesienia majątku funduszu celowego na rzecz banku LSH wpłynęła do Komisji dnia 14 października 2004 r. Za wyjątkiem Banku Krajów Związkowych Hesji i Turynii, także w innych przypadkach doszło do zawarcia odpowiednich porozumień związanych z przeniesieniem aktywów do banków krajów związkowych, które zostały przekazane Komisji.

II. SZCZEGÓŁOWY OPIS ŚRODKÓW

1. BANK KRAJU ZWIĄZKOWEGO SZLEZWIK-HOLSZTYN CENTRALA ŻYROWA

- (17) Bank Kraju Związkowego Szlezwik-Holsztyn Centrala Żyrowa (w skrócie LB Kilonia) z siedzibą w Kilonii wykazując sumę bilansową koncernu w wysokości 145,5 mld EUR (dzień bilansowy 31 grudnia 2002 r.), był jednym z 15 największych banków Niemiec. Został on założony w 1917 r. jako Bank Krajowy Prowincji Szlezwik-Holsztyn. Bank był publiczno-prawną instytucją kredytową, która przyjęła formę prawną instytucji prawa publicznego.
- (18) Właścicielami LSH od 1994 r. są koncern WestLB (39,9%), kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn (25,05 %), Związek Kas Oszczędnościowych i Żyrowych Szlezwika-Holsztynu (25,05 %), oraz Bank Kraju Związkowego Badenia-Wirtembergia (10 %). Powyższa struktura własnościowa ukształto-

⁽²⁾ Dz.U. C 140 z 5.5.1998, str. 9.

⁽³⁾ Dz.U. L 150 z 23.6.2000, str. 1; środki odwoławcze wobec decyzji podjęły: Niemcy (spr.; C 376/99), Nadrenia Północna-Westfalia (spr. T 233/99) oraz WestLB (spr. T 228/99); Komisja wszczęła postępowanie w sprawie naruszenia Traktatu (spr. C 209/00).

⁽⁴⁾ Zb. Orz. 2003, str. II-435.

⁽⁵⁾ Norddeutsche Landesbank: Dz.U. C 81 z 4.4.2003, str. 2; Bayerische Landesbank: Dz.U. C 81 z 4.4.2003, str. 13; Hamburgische Landesbank: Dz.U. C 81 z 4.4.2003, str. 24; Landesbank Hessen-Thüringen: Dz.U. C 73 z 26.3.2003, str. 3.

wała się na skutek przeniesienia w dniu 1 stycznia 1994 r. udziałów przez kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn oraz Związek Kas Oszczędnościowych i Żyrowych Szlezwika-Holsztynu do banku WestLB oraz Banku Kraju Związkowego Badenia-Wirtembergia. Przed powyższym transferem kraj związkowy oraz Związek Kas Oszczędnościowych i Żyrowych posiadały po 50 % udziałów.

- (19) Dnia 2 czerwca 2003 r. w wyniku fuzji LSH oraz Hamburgskiego Banku Krajowego powstał bank HSH Nordbank AG, który przyjął formę prawną spółki akcyjnej. Podatkowo i bilansowo fuzja nastąpiła z mocą wsteczną od dnia 1 stycznia 2003 r.
- (20) W 2002 r. LSH wykazał w sprawozdaniu z działalności współczynnik kapitału podstawowego dla konkretnu w wysokości 6,5 % oraz współczynnik wypłacalności w wysokości 10,3 %. Rentowność kapitału własnego wynosiła w 2002 r. 10,4 %.
- (21) Zgodnie z § 42 Ustawy o kasach oszczędnościowych dla kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn LSB działał jako bank państwowy, bank centralny kas oszczędnościowych oraz bank komercyjny. Bank wykonywał transakcje bankowe kraju związkowego, wspierał kasy oszczędnościowe przy wykonywaniu ich zadań oraz udzielał kredytów komunalnych. Będąc bankiem państwowym, udzielał on kredytów sektorowi publicznemu, uczestniczył – częściowo jako członek konsorcjum wraz z bankami prywatnymi – w plasowaniu pożyczek kraju związkowego oraz pożyczek pod skrypt dłużny. Niezależnie od powyższego LSH działał jako uniwersalny bank komercyjny.
- (22) Zatrudniając ponad 2 500 pracowników, LSH miał oparcie w regionie i był zorientowany na działalność międzynarodową, a jako bank północy postrzegali Niemcy Północne oraz region bałtycki za główny obszar swojej działalności. Posiadał on własne oddziały, przedstawicielstwa oraz oddziały, a także był międzynarodowym specjalistą produktu i sektora w zakresie finansowania transportu, budowy statków i nieruchomości, finansowania banków i w zwiększającym się stopniu w transakcjach syndykowanych, działając również aktywnie na międzynarodowych rynkach kapitałowych.

2. TRANSFER MAJĄTKU WKA ORAZ WAK I REZERWY CELOWEJ – NIERUCHOMOŚCI DO LSH

2.1. ZAŁOŻENIE I ROZWÓJ BANKU INWESTYCYJNEGO SZLEZWIKA-HOLSZTYNU

- (23) Na mocy Ustawy o Banku Inwestycyjnym Szlezwika-Holsztynu (Investitionsbankgesetz, zwanej dalej „IBG”) z dnia 11 grudnia 1990 r. z dniem 1 stycznia 1991 r. utworzono bank IB jako organizacyjnie i gospodarczo samodzielną instytucję prawa publicznego bez zdolności prawnej, należącą do banku LSH. IB jest refinansowany w imieniu i za pośrednictwem LSH.
- (24) IB jest centralną instytucją wspierającą politykę gospodarczą i strukturalną kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn. Oferta IB obejmuje wspieranie gospodarki i budownictwa mieszkaniowego, projektów na rzecz ochrony środowiska oraz energii, wspieranie zadań komunalnych i rolnictwa

oraz zarządzanie projektami kraju związkowego i gmin. ⁽⁶⁾ Ponadto IB wspiera rozwój infrastruktury w regionie Morza Bałtyckiego.

- (25) Na mocy ustawy z dnia 7 maja 2003 r., która weszła w życie 1 czerwca 2003 r., z majątku LSH wyodrębniono IB z mocą prawną od dnia 1 czerwca 2003 r., a skutkiem bilansowym wstecznie od dnia 1 stycznia 2003 r. i nadano mu formę prawną zdolnej do czynności prawnych instytucji prawa publicznego pod nazwą „Bank Inwestycyjny Szlezwika-Holsztynu” z siedzibą w Kilonii. Majątek przypisany wyodrębnionemu Bankowi Inwestycyjnemu Szlezwika-Holsztynu ze wszystkimi składnikami aktywów i pasywów został przeniesiony do Banku Inwestycyjnego Szlezwik-Holsztyn w drodze sukcesji uniwersalnej. Pomimo wstecznej mocy bilansowej na dzień 1 stycznia 2003 r. LSH mógł do dnia 1 czerwca 2003 r. pokrywać transakcje komercyjne kapitałem IB w ten sam sposób jak dotąd.
- (26) Z mocą prawną od dnia 1 czerwca 2003 r. oraz wsteczną mocą bilansową od dnia 1 stycznia 2003 r. powstała także Instytucja Zarządzająca Nieruchomościami Szlezwika-Holsztynu (LVSH) jako instytucja prawa publicznego posiadająca zdolność do czynności prawnych pod nazwą „Instytucja Zarządzająca Nieruchomościami Szlezwika-Holsztynu” („Liegenschaftsverwaltung Schleswig-Holstein”) z siedzibą w Kilonii. Tym samym w dniu 1 czerwca 2003 r. wyodrębniono majątek celowy – nieruchomości na rzecz Instytucji Zarządzającej Nieruchomościami Szlezwika-Holsztynu. W ten sposób majątek ze wszystkimi składnikami aktywów i pasywów przeszedł w drodze sukcesji uniwersalnej na Instytucję Zarządzającą Nieruchomościami Szlezwika-Holsztynu. Pomimo wstecznej mocy bilansowej od dnia 1 stycznia 2003 r. LSH mógł do dnia 1 czerwca 2003 r. pokrywać transakcje komercyjne kapitałem IB w ten sam sposób jak dotąd.

2.2. PRZENIESIENIE WKA DO LSH

- (27) WKA powstała na mocy ustawy z dnia 31 marca 1950 r. pod nazwą Urząd powierniczy budownictwa mieszkaniowego i osiedlowego w kraju związkowym Szlezwik-Holsztyn (Landestreuhandstelle für Wohnungs- und Kleinsiedlungswesen in Schleswig-Holstein) jako korporacja prawa publicznego. Miała ona za zadanie wspierać kraj związkowy w zapewnianiu ludności odpowiednich mieszkań poprzez wspieranie publicznego, preferencyjnego pod względem podatkowym budownictwa mieszkaniowego. Majątek WKA składał się z tzw. majątku własnego oraz odrębnego. Majątek odrębny zgodnie z prawem miał przeznaczenie celowe, zgodnie z którym był on wykorzystywany na bieżąco na wspieranie działań związanych z socjalnym budownictwem mieszkaniowym. Majątek własny WAK nie miał przeznaczenia celowego. WKA udzielała z majątku własnego przede wszystkim preferencyjnych pożyczek budowlanych ⁽⁷⁾.
- (28) Zgodnie z § 2 ust. 1 IBG instytucja WKA została przeniesiona z całym majątkiem, z wyłączeniem kosztów likwidacji, z dniem 1 stycznia 1991 r. do LSH. W ten sposób § 2 ust. 1 IBG nakazał połączenie WKA z LSH. Zgodnie z § 14 ust. 1 IBG wszystkie zadania oraz kompetencje WKA wymienione w załączniku 1 IBG przeszły w dniu 1 stycznia na bank IB.

⁽⁶⁾ Porównaj Sprawozdanie Banku Inwestycyjnego z 1998 r., str. 1.

⁽⁷⁾ Komunikat Niemiec z dnia 8 grudnia 1999 r., str. 84.

2.3. PRZENIESIENIE WAK DO LSH

- (29) Kraj związkowy utworzył WAK jako bank o zadaniach specjalnych w formie spółki akcyjnej, którego zadaniem było wspieranie działalności gospodarczej oraz podejmowanie pozostałych działań mających na celu finansowe wzmocnienie struktury gospodarczo-transportowej.
- (30) Na mocy § 3 IBG minister finansów został upoważniony do przejęcia majątku w całości wraz z wszystkimi prawami i obowiązkami WAK. Niniejsze pełnomocnictwo było konieczne, ponieważ WAK jako spółka akcyjna nie mogła – analogicznie do WKA – zostać połączona z LSH. Majątek WAK został najpierw w drodze sukcesji uniwersalnej zgodnie z § 359 Ustawy o akcjach (Aktiengesetz) przeniesiony na kraj związkowy, aby następnie można było przenieść składniki majątkowe na LSH. Odpowiada to ekonomicznie wniesieniu WAK do LSH.
- (31) Ministerstwo finansów zrobiło użytek z powyższego upoważnienia i przyjęło ofertę zarządu WAK z dnia 19 listopada 1990 r. dotyczącą przeniesienia majątku w dniu 2 stycznia 1991 r. „Umowa o wniesieniu majątku”, zawarta między krajem związkowym i LSH w dniu 2 stycznia 1991 r., uregulowała przeniesienie majątku WAK łącznie z wszystkimi prawami i obowiązkami z mocą obowiązującą od dnia 1 stycznia 1991 r.⁽⁸⁾

- (32) Zgodnie z § 14 ust. 1 IBG bank IB kontynuował wszystkie zadania WAK, które wymieniono w załączniku 2 do IBG.

2.4. PRZENIESIENIE REZERWY CELOWEJ – NIERUCHOMOŚCI DO LSH

- (33) Zgodnie z § 17 ust. 2 IBG Ministerstwo Finansów i Energii kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn zostało upoważnione do przeniesienia nieruchomości do banku IB. Z chwilą sprzedaży IB stał się prawnym i ekonomicznym właścicielem przeniesionych nieruchomości. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy IB nie mógł jednak dowolnie dysponować przeniesionymi nieruchomościami. Cały majątek w postaci nieruchomości wraz z ewentualnymi nadwyżkami miał przeznaczenie celowe.
- (34) Zgodnie z § 20 ust. 1 IBG przeniesiony majątek w nieruchomościach został odpowiednio wykazany jako rezerwa celowa – nieruchomości. Zgodnie z § 20 ust. 2 zyski z majątku w nieruchomościach należało przeznaczyć na rzecz utrzymania, nabycia i budowy nieruchomości. Mogły one zostać także przeznaczone – decyzją rządu krajowego – na spełnienie zadań banku inwestycyjnego lub wypłacone krajowi związkowemu.
- (35) Kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn sprzedał IB nieruchomości należące do niego w kilku transzach, łącznie [...] (*). Cenę sprzedaży poszczególnych obiektów oparto na wartościach rynkowych, wcześniej obliczonych w ramach indywidualnych ekspertyz.
- (36) Kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn wniósł do LSH każdorazowo części kwot uzyskanych ze sprzedaży w formie tzw.

„rezerwy celowej – nieruchomości”. Powyższe wniesienie nieruchomości kraju związkowego miało następujący wpływ na bilansowe środki własne LSH: nabycie pierwszej transzy przez IB na dzień bilansowy 31 grudnia 1999 r. doprowadziło do podwyższenia bilansowego kapitału własnego LSH o [...] mln DEM. Wraz z nabyciem drugiej transzy rezerwa celowa – nieruchomości wzrosła na dzień bilansowy 31 grudnia 2000 r. do łącznej kwoty [...] mln DEM. Po nabyciu trzeciej transzy osiągnęła ona na dzień bilansowy 31 grudnia 2001 r. łącznie kwotę [...] mln DEM i pozostała niezmienna do dnia 31 grudnia 2002 r.⁽⁹⁾

- (37) Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy rezerwa celowa – nieruchomości nie przyczyniła się do finansowania ani rozszerzenia działalności przez LSH. Federalny Urząd Nadzoru Bankowości⁽¹⁰⁾ („BAKred”) nie uznał jej za kapitał podstawowy w świetle przepisów o nadzorze bankowym, dlatego nie można jej było wykorzystać do prowadzenia działalności.

3. WYMGAGANIA KAPITAŁOWE ZGODNIE Z DYREKTYWĄ W SPRAWIE FUNDUSZY WŁASNYCH ORAZ DYREKTYWĄ W SPRAWIE WSKAŹNIKA WYPŁACALNOŚCI

- (38) Zgodnie z dyrektywą Rady 89/647/EWG z dnia 18 grudnia 1989 r. w sprawie wskaźnika wypłacalności instytucji kredytowych⁽¹¹⁾ (dalej zwaną „dyrektywą w sprawie współczynnika wypłacalności”) oraz dyrektywą Rady 89/299/EWG z 17 kwietnia 1989 r. w sprawie funduszy własnych instytucji kredytowych⁽¹²⁾ (dalej zwaną „dyrektywą w sprawie funduszy własnych”), na podstawie których zmieniono niemieckie Prawo bankowe (Kreditwesengesetz, dalej zwane „KWG”), banki są zobowiązane posiadać kapitał obowiązkowy w wysokości 8 % aktywów ważonych ryzykiem. Z tego co najmniej 4 % winien stanowić tzw. kapitał podstawowy (kapitał „pierwszej kategorii”), który obejmuje składniki kapitału, którymi instytucja kredytowa może nieograniczenie dysponować i użyć ich bezpośrednio do pokrycia ryzyk i strat, jeżeli takie wystąpią. Kapitał podstawowy ma w rozumieniu przepisów o nadzorze bankowym decydujące znaczenie dla łącznych środków własnych banku, ponieważ na zabezpieczenie obciążonych ryzykiem transakcji banku można przeznaczyć kapitał uzupełniający (kapitał „drugiej kategorii”) tylko do wysokości kapitału podstawowego.
- (39) Banki niemieckie były zobowiązane do dnia 30 czerwca 1993 r.⁽¹³⁾ dostosować wysokość swojego kapitału obowiązkowego do wymogów dyrektywy w sprawie współczynnika wypłacalności oraz dyrektywy w sprawie funduszy własnych⁽¹⁴⁾. Przed wdrożeniem dyrektywy

⁽⁹⁾ Komunikat Niemiec z dnia 30 września 2004 r.

⁽¹⁰⁾ Obecnie Federalny Urząd Nadzoru Usług Finansowych (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, „BaFin”).

⁽¹¹⁾ Dz.U. L 386 z 30.12.1989, str. 14; zastąpiona przez dyrektywę 2000/12/EG Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. L 126 z 26.5.2000, str. 1).

⁽¹²⁾ Dz.U. L 124 z 5.5.1989, str. 16; zastąpiona przez dyrektywę 2000/12/WE.

⁽¹³⁾ W rzeczywistości nowe wymogi dotyczące kapitału własnego powinny były wejść w życie dnia 1 stycznia 1993 r., w Niemczech nastąpiło to z opóźnieniem.

⁽¹⁴⁾ Zgodnie z dyrektywą w sprawie współczynnika wypłacalności instytucje kredytowe są zobowiązane do posiadania środków własnych co najmniej w wysokości 8 % aktywów ważonych ryzykiem, a według dawnych przepisów niemieckich wymagany był współczynnik w wysokości 5,6 %; należy jednak podkreślić, iż definicja tego współczynnika środków własnych była węższa niż ta obowiązująca od momentu wejścia w życie dyrektywy o środkach własnych.

⁽⁸⁾ Komunikat Niemiec z dnia 8 grudnia 1999 r., str. 89.

(*) Informacje poufne

w sprawie współczynnika wypłacalności do prawa niemieckiego wiele banków krajów związkowych miało stosunkowo niskie kapitały obowiązkowe. Te instytucje kredytowe musiały pilnie zwiększyć bazę kapitałową, aby zapobiec ograniczeniu rozwoju ich działalności oraz móc przynajmniej utrzymać dotychczasowy zakres prowadzonych transakcji. Z powodu napiętej sytuacji budżetowej udziałowcy publiczni nie byli w stanie wnieść kapitału do wymienionych instytucji, ich zamiarem nie była także prywatyzacja czy też sfinansowanie dodatkowego kapitału poprzez rynki kapitałowe. Dlatego zdecydowano się przeprowadzić transfer majątku lub kapitału, i tak np. do banku WestLB wniesiono majątek Instytucji Wspierającej Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego kraju związkowego Nadrenia Północna-Westfalia („Wfa”), a w przypadku LSH wymieniony wyżej majątek WKA oraz WAK, a następnie także nieruchomości.

4. SKUTKI PRZENIESIENIA DO LSH

4.1. PRZENIESIENIE MAJĄTKU WKA I WAK DO LSH

- (40) Według danych Niemiec majątek własny WKA i majątek WAK został wniesiony do rezerwy celowej IB. Razem
- (42) LSH dysponował przeniesionymi środkami z pewnymi ograniczeniami, spowodowanymi szczególnym przeznaczeniem celowym rezerwy na zadania wspierające, co nie miało wpływu na ich funkcję gwarancyjną kapitału własnego. Z rezerwy celowej IB w wysokości 1 306 mln DEM w 1991 r. wykorzystano 288 mln DEM na zadania wspierające IB. W okresie od 1991 r. do 2003 r. LSH posiadał, zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy, następujące kwoty na zabezpieczenie działalności konkurencyjnej, wzgl. LSH wykorzystał następujące kwoty w rzeczywistości jako zabezpieczenie:

Tabela 1

Wniesiony kapitał IB, oraz kwoty kapitału udostępnione i wykorzystane na zabezpieczenie działalności komercyjnej (średnie wartości roczne)

w mln DEM

	1991 (4 mie- siące)	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003 (5 mie- siące)
Kapitał IB razem	1 306,0	1 312,2	1 337,9	1 387,0	1 472,0	1 563,0	1 665,9	1 763,0	1 814,0	1 817,0	1 849,2	1 923,9	1 967,6
Uznany przez nadzór bankowy	1 306,0	1 312,2	1 337,9	1 387,0	1 472,0	1 563,0	1 665,9	1 763,0	1 814,0	1 817,0	1 849,2	1 923,9	1 967,6
Wykorzystany przez IB	288,0	299,0	383,9	363,0	380,0	391,0	401,9	417,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Możliwi do wykorzystania przez LSH	1 018,0	1 013,1	954,0	1 024,0	1 092,0	1 172,0	1 264,0	1 346,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kwoty rzeczywiście wykorzystane przez LSH	0	0	347,0	326,0	161,0	508,0	815,0	1 104,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

- (43) Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy, LSH do dnia 31 grudnia 1990 r. posiadał kapitał podstawowy w wysokości 581 mln DEM oraz kapitał uzupełniający w wysokości 100 mln DEM. W stosunku do wówczas istniejącej bazy kapitałowej w wysokości 681 mln DEM, majątek funduszu celowego w wysokości 1 306 mln DEM spowodował jej wzrost o mniej więcej 190 %.

- (44) Uwzględniając, że LSH w 1992 r. dysponował 1 013 mln DEM na działalność komercyjną, to, zakładając współczynnik wypłacalności 5,6 % zgodnie z wówczas

kapitał IB wynosił 1 306,05 mln DEM ([...] mln DEM rezerwa celowa IB – składająca się z kapitału WKA: [...] mln DEM i kapitału WAK: [...] mln DEM – oraz [...] mln DEM rezerwa celowa przeznaczona na budownictwo mieszkaniowe) ⁽¹⁵⁾. Tymczasowy bilans otwarcia na dzień 1 stycznia 1991 r. wykazywał sumę składników kapitału własnego w wysokości 1 558 mln DEM. Ostateczna kontrola na dzień 1 stycznia 1991 r. skorygowała sumę do wysokości 1 306,05 mln DEM ⁽¹⁶⁾.

- (41) BAKred przyjął do wiadomości informacje zawarte w piśmie z dnia 15 sierpnia 1991 r., że obowiązkowy kapitał własny LSH zwiększył się dzięki rezerwie kapitałowej IB o 1 559,44 mln DEM. Niemcy zwróciły przy tym uwagę, że ostateczna kontrola wykazała, iż uznany kapitał własny w rzeczywistości wynosił tylko 1 306,05 mln DEM, a od 15 sierpnia 1991 r. LSH miało do dyspozycji dodatkowy kapitał obowiązkowy tylko w tej wysokości ⁽¹⁷⁾.

obowiązującym prawem bankowym, jego zdolność do udzielania kredytów 100 % ważonych ryzykiem, wzrosła o przynajmniej 18 000 mln DEM.

- (45) Uwzględniając, że od momentu obowiązywania wspólnego współczynnika wypłacalności w wysokości 8 % LSH dysponował kwotą między 1 024 mln DEM (1994 r.) oraz [...] mln DEM (2002 r.) na działalność komercyjną, zdolność do udzielania kredytów ważonych 100 % ryzykiem zwiększyła się o 12 800 mln DEM (1994 r.) lub o ponad [...] mln DEM (2002 r.). W 1999 r. bank

⁽¹⁵⁾ Komunikat Niemiec z dnia 8 grudnia 1999 r., str. 90.

⁽¹⁶⁾ Komunikat Niemiec z dnia 8 grudnia 1999 r., str. 91.

⁽¹⁷⁾ Komunikat Niemiec z dnia 8 grudnia 1999 r., str. 94.

dysponował nawet kwotą w wysokości [...] mln DEM, dzięki czemu zdolność do udzielania powyższych kredytów wzrosła o prawie [...] mln DEM.

- (46) W rzeczywistości jednak dopuszczalny wolumen kredytowy można było rozszerzyć zdecydowanie bardziej, ponieważ aktywa banku obciążone ryzykiem zwykle nie są wazone 100 %-owym ryzykiem⁽¹⁸⁾. Powyższe dotyczy także banku LSH, który prowadzi transakcje refinansowania z kasami oszczędnościowymi oraz transakcje kredytowe z gminami. Przy założeniu realistycznego wazenia ryzyka, wynoszącego w przypadku LSH prawdopodobnie poniżej 50 %, pojawia się możliwość podwojenia wyżej wymienionego rozszerzenia działalności do ponad 30 mld DEM.

4.2. PRZENIESIENIE NIERUCHOMOŚCI KRAJU ZWIĄZKOWEGO DO LSH

- (47) Zgodnie z informacjami podanymi przez Niemcy pismem z dnia 25 maja 1999 r. BAKred odmówił uznania rezerwy celowej – nieruchomości za kapitał podstawowy w rozumieniu przepisów nadzoru bankowego. W piśmie z dnia 25 maja 1999 r. BAKred ocenił wprowadzenie rezerwy celowej – nieruchomości jako rezerwy kapitałowej, lecz nie jako kapitał własny w rozumieniu przepisów nadzoru bankowego. Zdaniem BAKred wniesione nieruchomości oraz
- (50) LSH uiszczył następujące wynagrodzenie⁽²²⁾:

pośrednio rezerwa celowa utworzona w momencie ich nabycia na rzecz LSH podlegają „zwrotowi” w dowolnym czasie⁽¹⁹⁾.

- (48) Po powyższej odmowie uznania rezerwy celowej za kapitał podstawowy bank LSH – również w związku z niniejszym postępowaniem spowodowanym wysokością wynagrodzenia – nie zwrócił się ponownie do BAKred o uznanie rezerwy celowej za kapitał podstawowy. Zdaniem Niemiec powoduje to, że rezerwa celowa – nieruchomości nie może być wykorzystana ani przez LSH na zabezpieczenie działalności konkurencyjnej, ani przez IB do prowadzenia własnej działalności⁽²⁰⁾.

5. WYNAGRODZENIE ZA PRZENIESIONE ŚRODKI WŁASNE

5.1. WYNAGRODZENIE ZA MAJĄTEK WKA I WAK

- (49) LSH uiszczył wynagrodzenie za przeniesiony kapitał IB, jednakże każdorazowo wyłącznie za kwotę wykorzystaną. Zgodnie z przedłożonymi informacjami za rok 1993 uzgodniono wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 900 000 DEM. Za lata 1994 do 1996 pobrano tzw. „zaliczkę na zysk” w wysokości 0,5 % od części rezerwy celowej każdorazowo wykorzystanych na działalność komercyjną plus wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 750 000 DEM (1994 r.) oraz 200 000 DEM (1995 r.). Za lata 1997 do 2002 zaliczka na zysk wyniosła [...] % w odniesieniu do części kapitału IB wykorzystanych na działalność komercyjną⁽²¹⁾. Za lata 1991 oraz 1992 nie uiszczono żadnego wynagrodzenia.

Tabela 2

Wynagrodzenie wypłacone za wniesiony kapitał IB po opodatkowaniu

	w mln DEM												
	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Wypłacone wynagrodzenie po opodatkowaniu	0	0	0,9	2,4	1,0	2,5	5,0	6,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

- (51) Nowa dyrektywa w sprawie współczynnika wypłacalności nie była, zgodnie z argumentacją Niemiec, wyłączną przyczyną przeniesienia majątku WKA oraz WAK. Wniesienie majątku funduszu celowego przeznaczonego na rozwój budownictwa mieszkaniowego, który nie mógł być wykorzystany jako kapitał płynny, miało na celu jak najlepsze wykorzystanie masy majątkowej, z jednej strony poprzez rozszerzenie bazy kapitałowej na dalszą działalność wspierającą, a z drugiej poprzez przeznaczenie tego majątku na działalność gospodarczą. Połączenie WKA z WAK i wniesienie do LSH okazało się dla kraju związkowego rozwiązaniem najkorzystniejszym

z ekonomicznego punktu widzenia, nawet w porównaniu z prawnie niezależną instytucją wspierającą⁽²³⁾. Wniesienie majątku WKA i WAK mogło przyczynić się do zwiększenia siły kapitału LSH w przypadku ewentualnego zbycia udziałów w LSH. Jednocześnie, mając na uwadze zastrzone przepisy wspólnotowe, dzięki przeprowadzonemu połączeniu zabezpieczono długoterminowo bazę kapitałową LSH⁽²⁴⁾. Tym samym także na podstawie informacji przekazanych przez Niemcy podwyższenie obowiązkowego kapitału własnego odgrywało decydującą rolę w momencie wniesienia majątku WKA oraz WAK do LSH.

⁽¹⁸⁾ Patrz przypis 3, pkt. 64.

⁽²²⁾ Komunikat Niemiec z dnia 14 kwietnia 2003 r., załącznik 1, i z dnia 30 września 2004 r.

⁽¹⁹⁾ Pismo BAKred z dnia 25 maja 1999 r.

⁽²⁰⁾ Komunikat Niemiec z dnia 3 maja 2001 r., str. 2.

⁽²¹⁾ Komunikat Niemiec z dnia 8 grudnia 1999 r., str. 96 i z dnia 29 października 2003 r., str. 18.

⁽²³⁾ Komunikat Niemiec z dnia 8 grudnia 1999 r., str. 86.

⁽²⁴⁾ Komunikat Niemiec z dnia 8 grudnia 1999 r., str. 88.

5.2. WYNAGRODZENIE ZA NIERUCHOMOŚCI

- (52) Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy, bank LSH nie zapłacił krajowemu związkowemu Szlezwik-Holsztyn wynagrodzenia za aktywne wniesione w formie rezerwy celowej – nieruchomości (25).

III. POWODY WSZCZĘCIA POSTĘPOWANIA

- (53) W decyzji o wszczęciu postępowania z dnia 13 listopada 2002 r. Komisja doszła do wniosku, że wniesienie WKA i WAK oraz wniesienie kwoty w wysokości [...] mln EUR do rezerwy celowej – nieruchomości kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn stanowi prawdopodobnie pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE na rzecz LSH.
- (54) Punktem wyjściowym badania była zasada inwestora rynkowego. Zgodnie z nią sytuacja, w której przedsiębiorstwo jest własnością sektora publicznego i dzięki temu otrzymuje środki publiczne, nie stanowi pomocy państwa. Wyłącznie jeśli powyższe środki publiczne udostępniane są przedsiębiorstwu na warunkach, których w normalnej sytuacji rynkowej nie byłoby ono w stanie otrzymać, stanowi to sprzyjanie danemu przedsiębiorstwu wskutek przekazania środków państwowych.
- (55) W niniejszym przypadku Komisja doszła do wniosku, że LSH odniósł korzyść w wyniku wniesienia środków własnych, szczególnie wskutek zwiększenia zdolności do udzielania kredytów w ramach prowadzonej działalności komercyjnej i konkurencyjnej LSH (funkcja rozszerzenia działalności kapitału własnego). W normalnych warunkach rynkowych wniesienie kapitału podlegałoby wynagrodzeniu odpowiednio do jego wartości przy uwzględnieniu jego funkcji oraz podjętego ryzyka. Do wyznaczenia wynagrodzenia rynkowego za wniesiony kapitał można się zatem posłużyć długoterminową stopą procentową nieobciążoną ryzykiem (dla dziesięcioletnich obligacji federalnych), do której należy doliczyć premię za ryzyko, odzwierciedlającą zwiększone ryzyko, którym obciążone są środki własne. Stopa wynagrodzenia za długoterminową lokatę kapitałową nieobciążoną ryzykiem już w momencie wniesienia kapitału, pod koniec 1990 r., znajdowała się na poziomie 9 % (26), wobec czego Komisja miała poważne wątpliwości, czy zapłacone wynagrodzenie ryczałtowe i/lub wynagrodzenie w wysokości 0,5 % lub [...] % rocznie za rzeczywiście wykorzystane środki własne można uznać za rynkowe, nawet nie uwzględniając koniecznej premii za ryzyko.
- (56) Komisja wyraziła ponadto wątpliwości, czy inwestor rynkowy zaakceptowałby ograniczenie własnego wynagrodzenia do tej części kapitału, który rzeczywiście został wykorzystany.
- (57) Komisja przyznała jednak już w decyzji o wszczęciu postępowania, że brak płynności wniesionego kapitału nie powinien pozostać bez wpływu na wynagrodzenie rynkowe. Chociaż pozbawione płynności środki własne banku pozwalają na rozszerzenie wolumenu kredytowego, należy

uwzględnić, że w przypadku wniesienia kapitału pozbawionego płynności bank LSH może osiągnąć najwyższe możliwe zwiększenie wartości transakcji tylko jeśli dodatkowy wolumen kredytowy zostanie w całości zrefinansowany na rynku kapitałowym. Kraj związkowy nie może zatem spodziewać się takiego samego zysku z kapitału, jak inwestor kapitału płynnego, a więc odpowiednie potrącenie z wynagrodzenia jest w tej sytuacji uzasadnione.

- (58) Komisja nie była w stanie ocenić, czy kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn przy wniesieniu majątku WKA i WAK zwrócił uwagę na odpowiedni udział w wypłacanych zyskach banku i we wzroście wartości banku. Przede wszystkim kraj związkowy nie należał na zmianę stosunków udziałowych na swoją korzyść, co byłoby jednak konieczne do zapewnienia, że wypłaty dywidendy oraz wzrost wartości będą odpowiadać wysokości wniesionego kapitału. Ponadto kraj związkowy nie podwyższył swojego udziału we wzroście wartości od 1 stycznia 1994 r., a wręcz doprowadził do jego zmniejszenia.
- (59) Uwzględniając powyższe, Komisja uznała w decyzji o wszczęciu postępowania wyjaśniającego, że w przypadku omawianych działań na rzecz LSH, który działa na poziomie regionalnym, krajowym i międzynarodowym, mamy prawdopodobnie do czynienia z pomocą państwa zgodnie z art. 87 ust. 1 Traktatu WE. Pomoc państwa wydawała się niezgodna ze wspólnym rynkiem, ponieważ żadne odstępstwo przewidziane w art. 87 ust. 2 i 3 Traktatu WE oraz z art. 86 ust. 2 Traktatu WE nie miało zastosowania w powyższej sytuacji.

IV. UWAGI NIEMIEC I LSH

- (60) Zaprezentowano stanowisko, że kapitał IB tylko w ograniczonym stopniu mógł być wykorzystany przez LSH, ponieważ nie wypełniał w przeciwieństwie do normalnego kapitału podstawowego trzech podstawowych funkcji lub czynił to tylko w ograniczonym stopniu: (a) funkcja finansowania, z której LSH mogłyby skorzystać wyłącznie w sytuacji pełnego wniesienia WAK i WKA, (b) funkcja gwarancyjna była bardzo zredukowana, ponieważ kapitał IB ponosi odpowiedzialność tylko w drugiej kolejności po pozostałym kapitale własnym LSH. Ponadto zobowiązanie do uzupełnienia gwarantowało, że nawet w sytuacji niewypłacalności LSH kapitał IB nie zostanie wykorzystany, a (c) kapitał IB można tylko w ograniczonym stopniu wykorzystać na rozszerzenie działalności, jako że po pierwsze trzeba odjąć od niego tę część kapitału, którą należy wykorzystać na zabezpieczenie nieruchomości kraju związkowego przekazanych do IB, a po drugie część kapitału IB udostępniona LSH zmniejszyła się w ostatnich latach z powodu rozszerzenia działalności przez IB.
- (61) Z powyższego wywnioskowano, że wniesionego kapitału IB nie można traktować jak normalnej inwestycji w kapitał zakładowy, a jego szczególne cechy powinny wpłynąć na zmniejszenie wynagrodzenia, którego kraj związkowy mógłby oczekiwać jako odpowiedniego za kapitał IB.

(25) Komunikat Niemiec z dnia 29 października 2003 r., str. 2.

(26) W sprawozdaniu z działalności LSH za rok 1990 podano na str. 28 wartości między 8,8 % a ponad 9 %. W sprawozdaniu z działalności za rok 1991 na str. 27 podano wartości za ten rok między 8,4 % a 9,17 %. Przeniesienie majątków WAK i WKA nastąpiło z dniem 1 stycznia 1991 r., zatem porozumienie o wynagrodzeniu rynkowym powinno było przyjąć za podstawę znane wówczas zyski z kapitału z 1990 r.

(62) Ponadto argumentowano, że została przyznana pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE. Po pierwsze w momencie wniesienia kapitału IB stosunek między bankiem kraju związkowego a jego poręczycielami zobowiązanymi do zapewnienia płynności (Anstaltssträger) był w dużym stopniu uwarunkowany istnieniem szczególnych form poręczeń na rzecz banków publicznych w Niemczech (poręczenia państwowe Anstaltslast i Gewährträgerhaftung). „Anstaltslast” oznacza zobowiązanie poręczycieli do wyposażenia instytucji w środki finansowe konieczne do wypełniania zadań jej powierzonych i w ten sposób do utrzymywania jej zdolności działania podczas jej istnienia. Taki właśnie był cel wniesienia kapitału IB. Zredukowanie poręczenia Anstaltslast wyłącznie do zobowiązania poręczyciela do ochrony instytucji przed upadłością nie byłoby zgodne z historycznym rozumieniem powyższej instytucji poręczycielskiej. Po drugie LSH argumentuje, że świadczy usługi w ogólnym interesie gospodarczym. Po trzecie wymóg średniego zysku z kapitału jest sprzeczny z art. 87 ust. 1 Traktatu WE w połączeniu z art. 295 Traktatu WE, ponieważ skutek takiego szczególnego wymogu stawianego publicznemu inwestorowi naruszona zostaje wynikająca z art. 295 zasada równego traktowania przedsiębiorstw prywatnych i publicznych.

Odpowiedniość wynagrodzenia według zasady inwestora rynkowego

- (63) Zwrócono uwagę na trzy różne ekonomiczne podejścia, przy pomocy których można obliczyć rynkowe wynagrodzenie za wniesienie kapitału: metodę premii ubezpieczeniowej, metodę profilu ryzyka oraz metodę kapitału zakładowego.
- (64) W przypadku metody premii ubezpieczeniowej punktem wyjścia jest fakt, że WAK i WKA wniesiono do LSH wyłącznie w ograniczonym zakresie oraz że płynność kapitału z powodu jego przeznaczenia celowego leży w pełni w dyspozycji kraju związkowego. Wynagrodzenie należy zapłacić wyłącznie za ryzyko ponoszone przez kraj związkowy za poręczenie kapitałem IB w przypadku niewypłacalności banku kraju związkowego.
- (65) Metoda profilu ryzyka określa odpowiednie wynagrodzenie rynkowe za pomocą ponoszonego ryzyka inwestycyjnego, któremu podlega zainwestowany kapitał w przypadku inwestycji w obowiązkowy kapitał własny banku. Wniesienie kapitału o właściwościach kapitału IB porównuje się przy tym z instrumentami rynku kapitałowego o cechach ekonomicznych porównywalnych z inwestycją kraju związkowego. W ten sposób oznaczone zostaje wynagrodzenie rynkowe.
- (66) Chociaż metoda kapitału zakładowego jest zdecydowanie bardziej skomplikowana i bardziej podatna na błędy, niemniej jednak przy odpowiednim zastosowaniu prowadzi ona także do takiego samego wyniku jak dwie pozostałe metody. W kwestii wyjściowej stopy procentowej oraz poszczególnych rodzajów premii i potrąceń zajęto następujące stanowisko:
- (67) Zysk minimalny po opodatkowaniu: Stawka w wysokości 12 % jest zawyżona, uwzględniając zysk osiągany w sektorze bankowym, a szczególnie w sektorze banków publicznych. Można by ewentualnie ustalić początkową stawkę w wysokości 11 %. Odniesienie w tej kwestii stanowią różne ekspertyzy przedłożone w trakcie postępowania dotyczącego WestLB.
- (68) Premia za ryzyko: Premia za ryzyko w wysokości 1,5 % wymieniona w decyzji 2000/392/WE jest nieuzasadniona i powinna zostać w całości odrzucona. W przypadku LSH nie chodzi o wniesienie kapitału w łącznej wysokości 5,9 mld DEM (znaczna lokata finansowa) jak w przypadku banku WestLB, lecz o wniesienie kapitału w łącznej wysokości 1,6 mld DEM. Ponadto z punktu widzenia inwestora znaczenie ma nie wielkość inwestycji, lecz struktura ryzyka. Brak zwiększenia praw do głosu także nie dotyczy przypadku LSH, ponieważ zwiększenie praw do głosu nie zwiększyłoby wpływu kraju związkowego na bank. Również trzeci podany powód, tj. brak zamierności kapitału IB, nie jest uzasadniony, gdyż kapitał IB został wprawdzie wniesiony do LSH na czas nieograniczony, lecz nie nieodwołalnie.
- (69) Potrącenie za brak płynności: Koszty płynności spowodowane są faktem, że z powodu ograniczeń dotyczących wniesienia LSH uzyskał kapitał IB tylko jako kapitał podporządkowany i musi starać się o odpowiednią płynność na rynku kapitałowym, gdyż płynność kapitału IB pozostaje nadal w gestii kraju związkowego. Z tego powodu dodatkowe odsetki za kapitał obcy w wysokości nieobciążonych ryzykiem stóp procentowych należy w całości odjąć od żądanego przez inwestora, czyli kraj związkowy, zysku z kapitału. Zmniejszenie potrącenia o prawie połowę, uzasadnione przez Komisję w sprawie banku WestLB mniejszym przychodem banku podlegającym opodatkowaniu oraz związanym z tym mniejszym obciążeniem podatkiem od osób prawnych, jest błędne. Podatek od osób prawnych standardowej inwestycji jest zaliczką na poczet podatku od osób fizycznych lub od osób prawnych, który płaci inwestor. Zgodnie z systematyką niemieckich przepisów dotyczących podatku od osób prawnych nie stanowi on obciążenia przedsiębiorstwa.
- (70) Zaliczenie podatku od osób prawnych od dywidendy na podatek od dochodów osobistych (Anrechnungsverfahren): LSH uważa, że jeśli Komisja chce pozostać przy metodzie kapitału zakładowego, musi ona albo odjąć kwotę podatku od osób prawnych od dywidendy zaliczoną na podatek od dochodów osobistych od zysku z kapitału prywatnego porównywalnego inwestora lub dodać odpowiednią, fikcyjną kwotę podatku od osób prawnych od dywidendy zaliczoną na podatek od dochodów osobistych do zysku kraju związkowego z kapitału.
- (71) Efekt właściciela, efekt kuponu, potrącenie za stałe wynagrodzenie: LSH zwraca uwagę na pozostałe skutki ekonomiczne, które prowadzą do zmniejszenia uznanego za „odpowiednie” wynagrodzenia za kapitał IB.
- (72) Z punktu widzenia przepisów dotyczących pomocy państwa bez znaczenia jest fakt, w jakiej formie kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn otrzyma od LSH wynagrodzenie za wniesienie kapitału IB. Oceniając wynagrodzenie przysługujące krajowi związkowemu, należy także uwzględnić korzyści związane z efektem synergii uzyskane dzięki wniesieniu kapitału. Wniesienie kapitału IB do LSH spowodowało, że kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn mógł uzyskać wyższą cenę za udziały banku WestLB i Banku Kraju Związkowego Badenia-Wirtembergia w LSH, niż gdyby do transferu nie doszło.

- (73) W kwestii rezerwy celowej – nieruchomości argumentowano, że w odniesieniu do LSH nie wypełnia ona ani funkcji finansowej, ani funkcji rozszerzenia działalności, ponieważ nie została uznana przez BAKred za kapitał podstawowy w rozumieniu przepisów nadzoru bankowego. Wynagrodzenie za składniki majątku wniesione do LSH w formie rezerwy celowej – nieruchomości nie było należne, gdyż wniesienie to nie stanowiło dla LSH korzyści gospodarczej, za którą inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi zażądałby wynagrodzenia.
- (74) Podsumowując, wniesienie majątku wspierającego rozwój budownictwa mieszkaniowego kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn do LSH nie stanowi pomocy państwa. Porównywalnego wniesienia mógłby dokonać także hipotetyczny inwestor prywatny. Kraj związkowy otrzymał od banku LSH za powyższe wniesienie odpowiednie, rynkowe wynagrodzenie.

V. UWAGI BdB

- (75) Zdaniem BdB bank LSH nie uiszczył odpowiedniego wynagrodzenia za wniesiony kapitał podstawowy i otrzymał w ten sposób pomoc ze strony państwa.
- (76) BdB stwierdza w uwagach z dnia 29 lipca 2003 r. odnośnie do postępowań wszczętych w dniu 13 listopada 2002 r. przeciw bankom krajów związkowych, że odpowiednie wynagrodzenie należy określić zgodnie z metodą przyjętą przez Komisję w decyzji 2000/392/WE.
- (77) Należy zatem przeprowadzić najpierw porównanie udostępnionego kapitału z innymi instrumentami kapitału własnego. Następnie należy obliczyć wynagrodzenie minimalne, którego inwestor oczekiwałby za tę konkretną inwestycję w kapitał własny banku krajowego. Ostatecznie oblicza się ewentualne potrącenia lub premie z tytułu szczególnego charakteru transferu majątku.

Porównanie z innymi instrumentami kapitału własnego

- (78) Zrzeszenie BdB uznało w swoich uwagach, iż wniesienie majątków wspierających rozwój budownictwa mieszkaniowego we wszystkich pięciu postępowaniach dotyczących banków krajowych oraz w przypadku LSH należy porównać z wniesieniem kapitału zakładowego.
- (79) Prawie wszystkie banki krajów związkowych potrzebowały od 1992 r. nowego kapitału podstawowego po to, aby sprostać zaostrzonym wymaganiom w związku z nową dyrektywą w sprawie współczynnika wypłacalności. Bez podwyższenia bazy kapitałowej banki krajów związkowych musiałyby ograniczyć swoją działalność. Zdaniem BdB należy z tego wyciągnąć wniosek, że wniesiony kapitał można porównać tylko z takimi instrumentami kapitału własnego, które w roku wniesienia były uznawane i dostępne jako kapitał podstawowy (kapitał „pierwszej kategorii”). Stąd z porównania należy wykluczyć akcje

uprzywilejowane, które nie dają prawa głosu, papiery wartościowe uprawniające do udziału w zysku i tzw. perpetual preferred shares. Te trzy instrumenty kapitału własnego nie są w Niemczech uznawane za kapitał podstawowy, lecz tylko za kapitał uzupełniający (kapitał „drugiej kategorii”). Ponadto na początku lat 90-tych perpetual preferred shares w Niemczech nie były jeszcze w ogóle dostępne.

- (80) W czasie, kiedy nastąpiło wniesienie kapitału, za kapitał podstawowy uznawano w Niemczech tylko kapitał zakładowy oraz ciche udziały. Porównania z cichymi udziałami nie można zastosować w żadnym z wymienionych przypadków. Po pierwsze, w przeciwieństwie do udostępnionego kapitału zakładowego, ciche udziały mają wyłącznie ograniczony czas trwania lub można je wypowiedzieć, a po upływie ich czasu trwania muszą być zwrócone inwestorowi. Inwestor nie może oczekiwać, iż za cichy udział otrzyma takie samo wynagrodzenie, jak za instrumenty kapitału własnego uznawane bezterminowo przez nadzór bankowy.
- (81) Po drugie, chociaż w niektórych przypadkach twierdzono, że wniesiony kapitał odpowiada w drugiej kolejności po kapitale zakładowym na podstawie uzgodnień między właścicielami banku kraju związkowego, nie oznacza to jeszcze obniżenia ryzyka dla inwestora. We wszystkich przypadkach wniesiony kapitał stanowi znaczną część łącznego kapitału podstawowego, czasem nawet więcej niż 50 %. Dlatego jest bardzo prawdopodobne, że wniesiony kapitał mógłby zostać wykorzystany przynajmniej częściowo w przypadku strat⁽²⁷⁾.
- (82) Po trzecie, różnice w jakości cichych udziałów w porównaniu z kapitałem zakładowym potwierdził także Komitet Bazylejski ds. Nadzoru Bankowego w definicji kapitału podstawowego na potrzeby nadzoru bankowego. Zgodnie z tą definicją ciche udziały mogą być uznane przez nadzór bankowy tylko za kapitał tzw. kapitał niższej kategorii pierwszej (lower tier 1). Ten składnik kapitału może stanowić tylko 15 % wymaganego wskaźnika kapitału podstawowego, tzn. przy wskaźniku kapitału podstawowego w wysokości 4 % 3,4 % powinien stanowić kapitał akcyjny oraz otwarte rezerwy (np. wniesione rezerwy celowe w bankach krajów związkowych). Ponadto podrzędne instrumenty kapitału własnego, np. akcje uprzywilejowane lub papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach, są wykorzystywane przez banki tylko w ograniczonym zakresie. W wyniku presji ze strony agencji ratingowych nie przekroczyły one – inaczej niż w ocenianych tutaj przypadkach – prawie nigdy 10 % całości kapitału podstawowego banku. Ciche udziały nie mają zatem zastosowania do inwestycji o dużych wartościach inwestowanych tylko przez jednego inwestora.

⁽²⁷⁾ Ponadto premię za ryzyko lub poręczenie płaci się przede wszystkim z powodu ryzyka utraty w przypadku niewypłacalności. Wówczas kapitał jest bezpowrotnie stracony. Przy stałej stracie (częściowej), a więc poza niewypłacalnością, istnieje zawsze szansa, iż kapitał własny zostanie ponownie uzupełniony dzięki zyskom.

Minimalne wynagrodzenie za inwestycję w kapitał zakładowy banku kraju związkowego

- (83) BdB twierdzi, że wszystkie metody obliczenia odpowiedniego wynagrodzenia (zysku z kapitału) za udostępniony kapitał zakładowy określają zysku nieobciążony ryzykiem, a następnie dodają premię za ryzyko.

Metody te opierają się na następującej podstawowej zasadzie:

$$\begin{aligned} & \text{oczekiwany zysk z inwestycji obciążonej ryzykiem} \\ & = \text{zysk kapitałowy nieobciążony ryzykiem} + \text{premia za} \\ & \quad \text{ryzyko inwestycji} \end{aligned}$$

- (84) Do obliczenia zysku kapitałowego nieobciążonego ryzykiem BdB posłużyło się zyskiem kapitałowym z długoterminowych obligacji państwowych, ponieważ inwestycje w papiery wartościowe o stałym oprocentowaniu emitowane przez państwo są obciążone najmniejszym ryzykiem lub nie są obciążone żadnym ryzykiem ⁽²⁸⁾.

- (85) W celu obliczenia premii za ryzyko BdB oblicza najpierw tzw. rynkową premię za ryzyko, tzn. różnicę między średnim zyskiem z długoterminowej inwestycji w akcje oraz zyskiem z długoterminowych inwestycji w obligacje państwowe. W uwagach z dnia 29 lipca 2003 r. BdB przyjmuje dla niemieckiego rynku akcji jednolitą rynkową premię za długoterminowe ryzyko w wysokości 4,6 %.

- (86) Następnie BdB określa wartość współczynnika beta banków krajów związkowych, tzn. indywidualną premię za ryzyko banków, która służy do dopasowania ogólnej rynkowej premii za ryzyko. BdB oblicza przy tym wartości beta na statystycznie, co oznacza, że wartości beta wyliczane są na podstawie próbki losowej danych historycznych. BdB otrzymało wynik, zgodnie z którym wszystkie współczynniki beta dla wszystkich banków krajów związkowych w uwzględnionych okresach są większe niż jeden ⁽²⁹⁾.

- (87) BdB określiło minimalne wynagrodzenie za inwestycję w kapitał zakładowy LSH w momencie wniesienia kapitału IB z dniem 31 grudnia 1990 r. w wysokości 14,85 % rocznie, zakładając podstawową stopę procentową nieobciążoną ryzykiem w wysokości 9,74 % oraz współczynnik beta dla LSH w wysokości 1,1105.

Premie i potrącenia związane ze szczególnym charakterem transakcji

- (88) BdB stwierdza, że Sąd Pierwszej Instancji potwierdził stopę, którą Komisja w decyzji 2000/392/WE odjęła od minimalnego wynagrodzenia w związku z brakiem płynności majątku Wfa. W związku z tym nie ma powodu, aby w omawianym przypadku rezygnować z tej metody; także

⁽²⁸⁾ Aby uniknąć skutków inflacji, należy za każdy okres wniesienia obliczyć stopę zwrotu dla długoterminowych obligacji państwowych, nie uwzględniając najpierw prognoz inflacyjnych. W celu obliczenia podstawowej długoterminowej stopy nieobciążonej ryzykiem, do „realnej stopy podstawowej” w przedmiotowym momencie należy dodać prognozowaną średnią, długoterminową stopę inflacji w wysokości 3,6 %.

⁽²⁹⁾ BdB przedstawił także dla celów porównawczych teoretyczne wartości beta według metody CAPM (Capital Asset Pricing Model), które jego zdaniem, nie różnią się szczególnie od wartości ustalonych empirycznie.

tutaj konieczne jest potrącenie w związku z brakiem płynności. Wysokość potrącenia za brak płynności, zgodnie z metodyką w przypadku WestLB, wynika z kosztów refinansowania netto (koszty refinansowania brutto minus odpowiedni podatek płacony przez przedsiębiorstwa).

- (89) Zdaniem BdB trzy aspekty mają wpływ na przeniesienie majątku i zwiększają ryzyko w porównaniu z „normalną inwestycją w kapitał zakładowy”: częściowo wyjątkowo wysoką wartość transferowanego majątku, brak emisji nowych udziałów w spółce i związana z tym rezygnacja z dodatkowych głosów, a także brak zamierności inwestycji, tzn. niemożność wycofania zainwestowanego kapitału z przedsiębiorstwa w wybranym przez inwestora momencie.

Baza kapitałowa oraz składniki wynagrodzenia

- (90) Wreszcie BdB podkreśliło, że obliczając odpowiednie wynagrodzenie w przypadku banku LSH, należy uwzględnić całą kwotę uznaną za kapitał podstawowy, a nie tylko jego rzeczywiste wykorzystanie. Uzasadniało to argumentem, że inwestor rynkowy nie zaakceptowałby zmniejszenia wynagrodzenia do rzeczywiście wykorzystanej kwoty. Dla inwestora prywatnego, który ponosi ryzyko swojej inwestycji, jest bez znaczenia, czy instytucja kredytowa rzeczywiście wykorzystuje wniesiony kapitał do rozszerzenia działalności. Dla niego liczy się wyłącznie to, że nie może sam pomnażać wniesionej kwoty i uzyskiwać z niej odpowiedniego zysku.

- (91) Zdaniem BdB za rezerwę celową – nieruchomości, która dotychczas nie została uznana przez BAKred za kapitał podstawowy w rozumieniu przepisów nadzoru bankowego, należne jest także wynagrodzenie w wysokości 0,3 %. Nawet jeśli powyższego majątku nie uznano za kapitał podstawowy, można zaspokoić z niej roszczenia wierzycieli banku kraju związkowego w przypadku strat, a inwestorzy oraz agencje ratingowe przyjmują za wyznacznik nie tylko kapitał podstawowy banku, lecz także ekonomiczny kapitał własny wykazany w bilansie. Prowizję za funkcję gwarancyjną, uwzględnioną przez Komisję w decyzji dotyczącej WestLB w wysokości 0,3 % rocznie, obliczoną przez nią przy pomocy porównania kwoty kapitału z poręczeniem, niniejszym także uznaje się za uzasadnioną.

VI. REAKCJA NIEMIEC NA UWAGI BDB ORAZ PONOWNE PRZEDSTAWIENIE UWAG PRZEZ NIEMCY

- (92) W uwagach z dnia 29 października 2003 r. Niemcy zaprzeczyły zarzutowi postawionemu w uwagach BdB, iż należy zapłacić wynagrodzenie również za niewykorzyst-

tany kapitał IB, który został uznany przez nadzór bankowy. Ta część kapitału IB nie przysporzyła bankowi LSH korzyści ekonomicznych, nie jest on zatem zobowiązany do uiszczenia wynagrodzenia. Dla banku nie każdy dodatkowy kapitał uznany przez nadzór bankowy stanowi automatycznie korzyść ekonomiczną. Ponadto do banku LSH nie wniesiono płynnego kapitału zakładowego, lecz masę majątkową nieposiadającą płynności, która spełniała ograniczone funkcje gwarancyjne oraz która nie umożliwiła LSH wykorzystania kapitału na cele inwestycyjno-pożyczkowe.

- (93) Następnie Niemcy zaprzeczyły zarzutowi, iż wynagrodzenie należy zapłacić także za część wniesionego kapitału nieuznaną przez nadzór bankowy (w przypadku LSH: rezerwa celowa – nieruchomości). Powyższy kapitał znajdował się w obrocie finansowym z powodu trwałego przeznaczenia celowego i nie stanowił dla LSH korzyści w postaci zwiększenia współczynnika wypłacalności. Także agencje ratingowe polegały wyłącznie na kapitale uznanym przez nadzór bankowy za kapitał podstawowy. Niemcy nie podzielały stanowiska, iż rezerwa celowa – nieruchomości z punktu widzenia nadzoru bankowego oraz wierzycieli stanowi trwałą rezerwę wartości.
- (94) Niemcy zwróciły uwagę na fakt, że kapitał IB jest najbardziej zbliżony do tzw. perpetual preferred shares, papierów wartościowych uprawniających do udziału w zysku oraz cichych udziałów.
- (95) Niemcy uważają, że poręczytele państwowi (Gewährträger) banku LSH ustalili w 1994 r. zobowiązanie do uzupełnienia kapitału stosownie do posiadanych udziałów, które zapewniło, że także w – mało prawdopodobnym – przypadku niewypłacalności banku LSH kapitał IB nie zostanie naruszony. W ten sposób inwestor banku kraju związkowego ponosi również ryzyko, za które należy się wynagrodzenie, iż wniesiony kapitał zostanie utracony wskutek ciągłych strat banku. Istniejące uzgodnienie ustalające podporządkowanie kapitału stanowi skuteczną ochronę.
- (96) Obliczenia przedstawione przez BdB dotyczące minimalnego wynagrodzenia są błędne z kilku powodów. Jest to związane z zastosowaniem niewłaściwych współczynników obliczeniowych w metodzie CAPM, nierealistycznym założeniem gwarantowanego stałego wynagrodzenia oraz niezrozumiałymi premiami i potrąceniami od wynagrodzenia.
- (97) Niemcy krytycznie oceniły metodę CAPM zastosowaną przez BdB do określenia minimalnego zysku z inwestycji w kapitał zakładowy w banku krajowym. Krytyka dotyczyła, poza stosownością metody CAPM do obliczenia oczekiwanego zysku z inwestycji, która powinna przynieść stałe wynagrodzenie, także zastosowanych wskaźników (stopa procentowa nieobciążona ryzykiem, rynkowa premia za ryzyko, wartość współczynnika beta).
- (98) Zastosowanie przez BdB rzeczywistej stopy z dnia bilansowego do ustalenia stopy procentowej nieobciążonej

ryzykiem jest wątpliwą metodą. Średnia wartość uwzględniająca możliwie najdłuższy okres byłaby lepszym rozwiązaniem. Niemcy użyły średniej arytmetycznej rocznych „total returns” indeksu REX10 performance index niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG) między lutym 1970 r. a grudniem 1990 r. i uzyskały wynik w wysokości 6,91 %.

- (99) Niemcy nie zgodziły się z rynkową premią za ryzyko przyjętą przez BdB w wysokości 4,6 % i uznały, że należy przyjąć wartość w wysokości 3,0 %.
- (100) Do ustalenia współczynnika beta dla LSH BdB wykorzystano banki tworzące indeks giełdowy CDAX, co zniekształca obraz w związku z wysoką reprezentacją pięciu największych banków kredytowych w CDAX (76 %) oraz różnicami pod względem profilu prowadzonej działalności. Przy ustalaniu współczynnika beta dla LSH powinno się raczej uwzględnić porównywalną grupę, mianowicie IKB, bank BHF oraz Vereins- und Westbank, dzięki którym uzyskano wartość współczynnika beta w wysokości 0,7894.
- (101) Niemcy uzyskały wynik minimalnego wynagrodzenia za inwestycję porównywalną do inwestycji w kapitał zakładowy w LSH (uwzględniając współczynnik beta w wysokości 0,7894, rynkową premię za ryzyko w wysokości 3 % oraz wspomnianą podstawową stopę procentową w wysokości 6,91 %) w wysokości 9,28 % na dzień 31 grudnia 1990 r.

VII. UWAGI KRAJU ZWIĄZKOWEGO NADRENIA PÓŁNOCNA-WESTFALIA ORAZ BANKU WESTLB

- (102) Kraj związkowy Północna Nadrenia-Westfalia oraz bank WestLB zaprzeczają w uwagach przekazanych przez Niemcy w dniu 30 października 2003 r., że wniesienie majątku do banków krajowych, w szczególności w przypadku LSH, można porównać z wniesieniem kapitału zakładowego. W 1991 r. w Niemczech uznawano już obligacje bezterminowe (tzw. perpetuals) oraz ciche udziały za kapitał podstawowy. Ponadto wynagrodzenie nie zależy od przepisów o nadzorze bankowym, ale od profilu ryzyka danej inwestycji. Ponieważ wniesione majątki służyły do pokrycia strat w drugiej kolejności, strukturę ryzyka można porównać raczej z cichymi udziałami lub z obligacjami bezterminowymi niż z inwestycjami w kapitał zakładowy.
- (103) Z punktu widzenia banku WestLB nie można nic zarzucić metodzie CAPM zastosowanej do obliczenia minimalnego wynagrodzenia za inwestycję w kapitał zakładowy. Jednak wartości współczynnika beta wyliczone przez BdB znacznie wyższe niż 1 są niewłaściwe. Współczynnik beta większy niż 1 oznacza, że akcje przedsiębiorstwa wiążą się z wyższym ryzykiem niż rynek jako całość. Jednak w związku z istniejącymi wtedy poręczeniami państwowymi Anstaltslast i Gewährträgerhaftung ryzyko inwestycji w bank kraju związkowego było wyraźnie niższe niż ogólne ryzyko rynkowe.

- (104) Ponadto w tym szczególnym przypadku banków krajów związkowych nie należy koncentrować się na zwrocie kapitałowym w momencie wniesienia aktywów do banków krajów związkowych. Wprawdzie prywatni inwestorzy stosują ten parametr do badania opłacalności inwestycji, ale w tym przypadku oznaczałoby to, że należy oprzeć się na zwrocie kapitałowym oczekiwanym w 1991 r. Byłoby to jednak sprzeczne z ekonomiczną rzeczywistością, gdyby w 2003 r. inwestor otrzymał zysk z kapitału w wysokości za 1991 r., który przekraczałby znacznie rzeczywisty zysk z kapitału. Schemat stałego stosowania stopy zysku w wysokości ok. 12 % stanowi nieuzasadnioną dyskryminację banków krajów związkowych w stosunku do konkurentów prywatnych.
- (105) Odnośnie do potrącenia za brak płynności wnoszonego majątku bank WestLB i kraj związkowy Północna Nadrenia-Westfalia są zdania, że od podstawowej stopy zysku z kapitału należy odjąć pełną stopę bezpiecznych obligacji państwowych. Wniesienie aktywów do banków krajów związkowych nie wiązało się dla nich z dodatkową płynnością. Pomniejszenie tej stawki o zaoszczędzony podatek nie ma ekonomicznego uzasadnienia, ponieważ ceny instrumentów rynku kapitałowego nie zależą od aktualnie obowiązujących podatków. W przeciwnym razie ceny instrumentów rynku kapitałowego zmieniłyby się w zależności od zmian podatków.
- (106) Wreszcie ryzyko, i co za tym idzie wynagrodzenie, należy pomniejszyć, ponieważ aktywa nie posiadają płynności, a więc nie są również obciążone ryzykiem jej utraty. W związku z tym należy uwzględnić odpowiednie potrącenie. Potrącenie konieczne jest również ze względu na tzw. efekt właściciela, ponieważ inwestor posiadający już udziały w przedsiębiorstwie zupełnie inaczej ocenia dodatkową inwestycję niż nowy inwestor.
- VIII. POROZUMIENIE ZAWARTE MIĘDZY BDB,
KRAJEM ZWIĄZKOWYM SZLESZWIK-HOLSZTYN ORAZ
HSH NORDBANK**
- (107) Dnia 8 października 2004 r. do Komisji wpłynęły wyniki porozumienia zawartego między głównym skarżącym BdB, krajem związkowym Szleszwik-Holsztyn oraz HSH Nordbank, który powstał z LSH i Hamburgskiego Banku Krajowego (Hamburgische Landesbank) w 2003 r. Niezależnie od nadal istniejących zasadniczych różnic w prezentowanych stanowiskach prawnych strony uzgodniły, co uznają za właściwe parametry pozwalające na określenie odpowiedniego wynagrodzenia. Strony zwróciły się do Komisji z prośbą o uwzględnienie wyników porozumienia przy podejmowaniu przez nią decyzji.
- (108) Strony określiły najpierw na podstawie metody CAPM oczekiwane minimalne wynagrodzenie za hipotetyczną inwestycję w kapitał zakładowy LSH. Według porozumienia powinno ono wynosić za majątek celowy 9,29 % rocznie. Przy obliczeniu wynagrodzenia minimalnego uwzględniono długoterminowe stopy procentowe nieobciążone ryzykiem obliczone przez banki krajowe przy zastosowaniu indeksu REX10 performance index niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG) oraz współczynniki beta wyliczone na podstawie ekspertyzy KPMG z dnia 26 maja 2004 r., której przeprowadzenie zlecił bank krajowy. LSH uzyskał podstawową stopę procentową nieobciążoną ryzykiem w wysokości 6,61 % w momencie wniesienia kapitału dnia 31 grudnia 1990 r. Współczynnik beta oznaczono na podstawie ekspertyzy KPMG w wysokości 0,670. Rynkową premię za ryzyko określono w wysokości 4 % (jednolita dla wszystkich banków krajowych).
- (109) Następnie ustalono zmniejszenie wynagrodzenia z powodu braku płynności kapitału. Ponownie założono przy tym stopę procentową nieobciążoną ryzykiem w wysokości 6,61 % jako koszt refinansowania brutto. Dla określenia kosztów refinansowania netto zryczałtowano obciążenie podatkowe LSH w momencie wniesienia majątku do wysokości 50 %, co daje potrącenie wynagrodzenia związane z brakiem płynności w wysokości 3,31 %.
- (110) Ostatecznie wynagrodzenie zostaje zwiększone o 0,3 % z powodu braku emisji praw do głosu.
- (111) Odpowiednie wynagrodzenie za majątek celowy wynosi łącznie 6,28 % rocznie po opodatkowaniu za tę część majątku celowego, którą bank LSH może wykorzystać na działalność komercyjną. Powyższe wynagrodzenie jest płatne od końca miesiąca, w którym uznano kapitał podstawowy (31 sierpnia 1991 r.).
- (112) Zgodnie z porozumieniem element pomocy stanowi różnica między wynagrodzeniem rzeczywiście zapłaconym przez LSH oraz wynagrodzeniem ustalonym jako odpowiednie w wysokości 6,28 %, którą HSH Nordbank musi zwrócić.
- (113) Strony ustaliły ponadto prowizję za awal w wysokości 0,3 %, płatną zarówno od kapitału obowiązkowego wykorzystanego przez IB, jak i od rezerwy celowej – nieruchomości. Ponadto HSH Nordbank nie zaprzeczył, że prowizja za awal jest należna również za okres od wniesienia kapitału do końca miesiąca uznania za kapitał podstawowy przez BAKred (1 stycznia 1991 r. – 30 sierpnia 1991 r.) w wysokości 0,3 % od kwoty wykazanej w bilansie w wysokości 1 306,05 mln DEM.
- (114) Pierwszy raz w trakcie negocjacji porozumienia zwrócono uwagę, że poza już uwzględnionym wynagrodzeniem za kapitał IB, krajowi związkowemu Szleszwik-Holsztyn wypłacono także dodatkowy element wynagrodzenia, mianowicie nadwyżkę roczną IB. Podstawę prawną powyższego wypłacenia stanowi § 17 ust. 2 IBG (wersja z 1990 r.) lub § 19 ust. 2 IBG (wersja z 1998 r.). Na mocy powyższej ustawy wypłacono krajowi związkowemu nadwyżkę roczną rezerwy celowej IB (każdorazowo na podstawie odpowiedniej uchwały o wypłacie dywidendy podjętej przez organy LB). Zgodnie z regulacjami zawartymi w odpowiednich ustawach budżetowych kraju związkowego Szleszwik-Holsztyn powyższe płatności zostały przeznaczone na cele IB, a więc na rzecz zadań wspierających kraju związkowego i zostały ponownie wniesione do majątku IB. Dzięki takiej procedurze uwzględniono uprawnienia Landtagu do decydowania o budżecie, ponieważ to parlament, a nie władza wykonawcza mógł podjąć decyzję dotyczące powyższych środków. Powyższa procedura wykorzystywała strategię ekonomiczną polegającą na wypłacie dywidendy i jej ponownym wniesieniu, a podatek

od dywidendy mógł być zaliczony na podatek od dochodów osobistych (Anrechnungsverfahren).

(115) Powyższy obieg przerwano przy pomocy zniesienia na mocy kilku (pojedynczych) ustaw towarzyszących ustawom budżetowym przeznaczenia celowego każdorazowej nadwyżki rocznej. W powyższych przypadkach nie doszło do ponownego wniesienia wypłaconych środków do banku IB. Z powodu zniesienia przeznaczenia celowego kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn dysponował w pełni

w powyższych latach wypłaconą nadwyżką na finansowanie wydatków z budżetu kraju związkowego. Należy przy tym zwrócić uwagę, że kwoty wypłaconej dywidendy, których na mocy powyższych uregulowań nie wniesiono ponownie do IB, lecz w całości pozostawiono krajowi związkowemu Szlezwik-Holsztyn, stanowiły zdecydowanie największą część omawianych tu kwot wypłaconej dywidendy.

(116) Poniższa tabela przedstawia wypłaty dywidend IB na rzecz kraju związkowego:

Tabela 3

Wypłaty dywidendy IB na rzecz kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn (w mln DEM)

w mln. DEM

	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Wypłaty dywidend IB na rzecz kraju związkowego	0,0	0,0	1,1	2,6	1,5	2,5	3,5	47,5	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(117) Należy odpowiednio uwzględnić te wypłaty nadwyżki rocznej przy obliczaniu elementu pomocy, co strony porozumienia uczyniły w przeprowadzonych obliczeniach.

instytucjami kredytowymi. LSH otrzymało w ten sposób bez wątpienia zasoby państwowe.

IX. OCENA ŚRODKÓW

1. POMOC PAŃSTWA W ROZUMIENIU ART. 87 UST. 1 TRAKTATU WE

(118) Zgodnie z art. 87 ust. 1 Traktatu WE, o ile postanowienia Traktat WE nie stanowią inaczej, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna ze wspólnym rynkiem w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.

1.1. ZASOBY PAŃSTWOWE

(119) Kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn zdecydował się na przeprowadzenie powyżej opisanego przeniesienia majątku, aby podwyższyć kapitał w drodze wniesienia majątku WKA i WAK oraz nieruchomości do banku LSH w celu wzmocnienia jego bazy kapitałowej. Niezależnie od faktu, że LSH nie mógł korzystać z przeniesionych środków bez ograniczeń z powodu przeznaczenia celowego rezerwy na rzecz zadań wspierających, majątek został uznany przez nadzór bankowy i mógł być wykorzystany na cele gwarancyjne przez bank LSH konkurujący z innymi

1.2. SPRZYJANIE OKREŚLONEMU PRZEDSIĘBIORSTWU

(120) Badając, czy przeniesienie zasobów państwowych do przedsiębiorstwa publicznego oznacza sprzyjanie mu, oraz czy stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE, Komisja stosuje zasadę „inwestora rynkowego”. Trybunał Sprawiedliwości oraz Sąd Pierwszej Instancji zaakceptował i rozwinął tę zasadę w szeregu spraw, a w szczególności w wyroku Sądu Pierwszej Instancji z dnia 6 marca 2003 r. w sprawie WestLB, który ma znaczenie dla tego przypadku⁽³⁰⁾.

a) Zasada inwestora rynkowego

(121) Zgodnie z tą zasadą, nie stanowi sprzyjania określonemu przedsiębiorstwu udostępnienie zasobów kapitałowych na warunkach, „na których prywatny inwestor, działający w normalnych warunkach rynkowych, byłby skłonny do wniesienia środków do przedsiębiorstwa prywatnego”⁽³¹⁾. W przeciwieństwie do tego, że sprzyjaniem w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE mamy do czynienia, jeżeli uzgodnione wynagrodzenie i/lub stan finansów przedsiębiorstwa nie pozwalają oczekiwać normalnego zysku z kapitału w odpowiednim terminie.

(122) Zasada inwestora rynkowego ma zastosowanie niezależnie od faktu, że bank LSH w momencie wniesienia majątku celowego był przedsiębiorstwem rentownym. Fakt dotychczasowego stosowania powyższej zasady wyłącznie w przy-

⁽³⁰⁾ Komunikat Komisji do Państw Członkowskich: Stosowanie art. 92 i 93 Traktatu WE oraz art. 5 dyrektywy Komisji 80/723/EWG wobec przedsiębiorstw publicznych w przemyśle przetwórczym, Dz. U. C 307 z 13.11.1993, str. 3, patrz pkt 11. Wprawdzie tematem powyższego komunikatu jest wyłącznie przemysł przetwórczy, jednakże zasada ma zastosowanie bez wątpienia także dla wszystkich pozostałych gałęzi przemysłu. Jeśli chodzi o świadczenia finansowe, powyższe zostało podkreślone w kilku decyzjach Komisji, np. w sprawie Crédit Lyonnais (Dz.U. L 221 z 8.8.1998, str. 28) oraz GAN (Dz.U. L 78 z 16.3.1998, str. 1).

⁽³⁰⁾ Patrz przypis 4.

padku przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji, nie ogranicza jej stosowania do tej kategorii przedsiębiorstw.

(123) Nie istnieje reguła, zgodnie z którą w przypadku przedsiębiorstwa rentownego nie może dojść do zaistnienia elementów pomocy państwa w momencie wniesienia kapitału. Nawet jeśli przedsiębiorstwo przynosi zyski, inwestor rynkowy mógłby zrezygnować z (dalszego) wniesienia kapitału, jeśli nie może spodziewać się odpowiedniego zysku z zainwestowanego kapitału (w formie dywidend lub wzrostu wartości). Jeśli przedsiębiorstwo nie wypłacałoby oczekiwanego zysku w momencie inwestycji, inwestor rynkowy zażądałby podjęcia działań prowadzących do podwyższenia zysku. Zasadę inwestora rynkowego należy zatem stosować w ten sam sposób w przypadku wszystkich przedsiębiorstw państwowych, niezależnie od faktu przynoszenia zysku lub strat. Stanowisko Komisji potwierdził Sąd Pierwszej Instancji w wyroku dotyczącym banku WestLB⁽³²⁾.

(124) Zatem podstawową kwestią podlegającą badaniu jest pytanie, czy inwestor rynkowy dokonałby transferu kapitału o takich samych cechach jak majątek celowy oraz nieruchomości kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn na takich samych warunkach, szczególnie uwzględniając przewidziany zysk z inwestycji.

(125) Szczególnie ważne było zdaniem Niemiec połączenie całości działań wspierających kraju związkowego i ich kontynuacja w sposób bardziej ekonomiczny i wydajny, ponadto optymalizacja doradztwa i realizacji działań wspierających oraz stworzenie uwarunkowań do elastycznego wykorzystania środków. Z powyższą reorganizacją związane było podwyższenie kapitału własnego LSH, które w związku ze spodziewaną zmianą wymagań dotyczących wypłacalności przyczyniło się do długoterminowego zapewnienia zdolności do rozszerzania działalności przez LSH. Kraj związkowy zamierzał ponadto zasadniczo przeorientować zarządzanie własnymi nieruchomościami oraz nieruchomościami użytkowymi przez różne oddziały i instytucje kraju związkowego, mając na celu zredukowanie mała wydajnych działań.

(126) Inwestor rynkowy sprawdzi również w sytuacji, gdy posiada już udziały w danym przedsiębiorstwie, inne możliwości inwestycyjne poza danym przedsiębiorstwem. Z reguły podejmie on decyzję o zainwestowaniu dodatkowych środków w przedsiębiorstwo publiczne tylko w tym wypadku, jeśli będzie mógł oczekiwać w zamian za dodatkowe środki odpowiedniego zysku. Oceniając, czy wniesienie kapitału stanowi pomoc państwa, nie należy zasadniczo uwzględniać długoterminowej prognozy zysku udziałowca lub kwestii wydajności i synergii. Zamiast tego należy zbadać wniesienie kapitału przez udziałowca – niezależnie od motywów, którymi się on kieruje – w kontekście, czy inwestor może liczyć na normalny zysk za dodatkowe wniesione środki w odpowiednim okresie.

(127) Sąd Pierwszej Instancji nie zakwestionował powyższej wykładni zasady inwestora rynkowego, którą Komisja przedstawiła już w decyzji 2000/392/WE⁽³³⁾. Sąd zastosował to samo podejście, że prywatnemu inwestorowi, który posiada już udziały w przedsiębiorstwie, nie wystarczyłby fakt, iż dana inwestycja nie przynosi strat lub też przynosi tylko ograniczone zyski. Raczej brałby on zawsze pod uwagę odpowiedni zysk z inwestycji w zależności od okoliczności oraz od swoich krótko-, średnio- i długoterminowych interesów⁽³⁴⁾.

(128) Z punktu widzenia „zasady inwestora rynkowego” pojawia się główne pytanie, czy inwestor rynkowy udostępniłby na takich samych warunkach kapitał charakteryzujący się takimi samymi szczególnymi cechami co majątek celowy kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn, szczególnie w odniesieniu do prawdopodobnego zysku z inwestycji.

b) **Artykuł 295 Traktatu WE**

(129) Zgodnie z art. 295 Traktatu WE zasady prawa własności obowiązujące w poszczególnych Państwach Członkowskich pozostają bez zmian. Nie usprawiedliwia to jednakże naruszania reguł konkurencji określonych w Traktacie.

(130) Niemcy podkreślają w związku z toczącymi się postępowaniami w sprawie banków krajów związkowych, że przeniesionych środków nie można było spożytkować w inny, bardziej rentowny sposób niż poprzez wniesienie do podobnej instytucji publicznej. Dlatego też przeniesienie stanowiło komercyjnie najrozsądniejsze zaangażowanie majątku. Każde wynagrodzenie za przeniesienie, tzn. każdy dodatkowy zysk z kapitału, byłby wystarczający, aby uzasadnić transfer z punktu widzenia „zasady inwestora rynkowego”.

(131) Powyższej argumentacji nie można przyjąć. Możliwe, że wniesienie majątku celowego do LSH i wynikająca z tego możliwość dla banku wykorzystania części kapitału, aby spełnić kryteria wypłacalności, były ekonomicznie najbardziej sensownym wykorzystaniem kapitału. Jeżeli jednak środki publiczne oraz inne aktywa zostają użyte na działalność komercyjną, mającą na celu sprostanie konkurencji, należy stosować do nich reguły rynkowe. Oznacza to, że jeżeli państwo zdecyduje o przeznaczeniu określonego majątku (także) na cele komercyjne, powinno wymagać wynagrodzenia, które odpowiada wynagrodzeniu rynkowemu.

c) **Brak zmiany struktury własnościowej**

(132) Sposobem na zagwarantowanie inwestorowi rynkowemu banku wynagrodzenia rynkowego jest przyznanie mu odpowiedniego udziału w zyskach oraz we wzroście wartości banku. Może do tego dojść dzięki zmianie udziałów odpowiednio do wniesionego kapitału. W ten sposób inwestor może partycypować odpowiednio w dywidendach oraz możliwym wzroście wartości w wyniku

⁽³²⁾ Patrz przypis 4 pkt 206 i nast.

⁽³³⁾ Patrz przypis 3 pkt 161 i nast.

⁽³⁴⁾ Patrz przypis 4, pkt 241, 314.

większych możliwości zysku. Sposobem na zagwarantowanie odpowiedniego zysku z udostępnionego kapitału byłoby odpowiednie podwyższenie udziału kraju związkowego w banku LSH, pod warunkiem że rentowność banku odpowiada zwykłemu zyskowi, którego oczekiwali inwestorzy rynkowi ze swojej inwestycji. W ten sposób odpowiedź na pytanie, czy ustalone wynagrodzenie jest odpowiednie za część kapitału w rzeczywistości wykorzystaną na zabezpieczenie działalności konkurencyjnej jest zbędna. Kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn nie zdecydował się jednak na taki krok.

- (133) Niemcy uważają, że z punktu widzenia przepisów dotyczących pomocy państwa nie ma znaczenia, w jaki sposób kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn uzyskał od LSH wynagrodzenie za wniesiony kapitał IB, ponieważ wniesienie kapitału nie musi być koniecznie związane z nabyciem udziałów w zysku i praw do głosu. Ponadto należy uwzględnić, że dzięki wniesieniu kapitału IB do LSH kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn mógł uzyskać wyższą cenę za udziały, które WestLB i Bank Kraju Związkowego Badenia-Wirtembergia posiadały w LSH, niż cenę, którą uzyskano by bez powyższego transferu.
- (134) Jeśli zmiana stosunków udziałowych nie jest możliwa, to, zdaniem Komisji, inwestor rynkowy zdecydowałby się na inwestycję tylko wtedy, jeśli uzgodniono by przynajmniej odpowiednie wynagrodzenie bezpośrednie. Inwestor rynkowy nie usatysfakcjonuje zwykle fakt uniknięcia strat lub uzyskanie ograniczonego zysku z inwestycji, lecz stara się on raczej maksymalizować zysk ze swojego majątku, uwzględniając okoliczności oraz swoje interesy⁽³⁵⁾. Prywatny inwestor, posiadający już udziały w uprzywilejowanym przedsiębiorstwie, będzie nalegał na zmianę stosunków udziałowych lub na odpowiednie stałe wynagrodzenie. W przeciwnym razie zrezygnowałby on z części dodatkowo wypracowanego zysku dzięki wniesieniu kapitału, ponieważ także inni udziałowcy uzyskaliby korzyści z wyższych dywidend oraz wzrostu wartości przedsiębiorstwa, nie ponosząc przy tym kosztów.
- (135) Nie można zatem stwierdzić, że inwestor rynkowy zrezygnowałby z odpowiedniego wynagrodzenia bezpośredniego w sytuacji porównywalnej z przeniesieniem majątku celowego do LSH, w której nie można było zmienić stosunków udziałowych, a drugi udziałowiec posiadający połowę udziałów nie wniósł odpowiedniego kapitału w bezpośrednim związku z przeniesieniem.

d) **Baza kapitałowa do obliczenia wynagrodzenia**

- (136) Zgodnie z postępowaniem w sprawie banku WestLB Komisja określa odpowiednie wynagrodzenie za wniesiony majątek funduszu celowego oraz za rezerwę celową – nieruchomości uwzględniając możliwość wykorzystania tego majątku przez bank LSH na cele komercyjne. Komisja rozróżnia między tzw. funkcją rozszerzenia działalności a (zwykłą) funkcją gwarancyjną majątku funduszu udostępnionego jako kapitał własny na potrzeby komercyjnej działalności instytucji kredytowej.

- (137) Pod pojęciem funkcji rozszerzenia działalności, którą spełnia kapitał, należy rozumieć rozszerzenie potencjału transakcyjnego przez aktywa obciążone ryzykiem w wyniku uznania przez nadzór bankowy dodatkowego kapitału własnego banku. Punktem odniesienia dla określenia wynagrodzenia zgodnego z zasadami rynkowymi, jest wynagrodzenie, którego zażądałby prywatny inwestor udostępniający bankowi kapitał własny. O ile udostępniony kapitał został ujęty w bilansie jako kapitał własny, ale przez nadzór bankowy nie został uznany za kapitał podstawowy albo jest przeznaczony na działalność wspierającą, albo z innych powodów nie może być wykorzystany na pokrycie działalności komercyjnej, nie można go wykorzystywać do rozszerzenia działalności. Jednak kapitał ma znaczenie nie tylko z punktu widzenia nadzoru bankowego. Ponieważ gwarantuje on przynajmniej należności wierzycieli instytucji kredytowej (tzw. funkcja gwarancyjna), jego funkcję ekonomiczną można porównać z poręczeniem lub gwarancją. Wysokość kapitału własnego ujętego w bilansie informuje inwestorów o wypłacalności banku i w związku z tym może wpływać na warunki, na których bank pozyskuje kapitał obcy. Rynkowe wynagrodzenie za tzw. funkcję gwarancyjną kapitału opiera się na wynagrodzeniu, którego w tej konkretnej sytuacji zażądałby prywatny gwarant od instytucji kredytowej o porównywalnej wielkości i profilu ryzyka jak bank LSH.

- (138) Kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn przeniósł z dniem 1 stycznia 1991 r. kapitał IB do LSH, wynoszący po ostatecznym badaniu 1 306 mln DEM. Wniesiony kapitał IB zwiększał się corocznie i osiągnął w 2003 r. wartość 1 967,6 mln DEM.
- (139) Kraj związkowy przeniósł z dniem bilansowym 31 grudnia 1999 r. rezerwę celową – nieruchomości do LSH, co doprowadziło do podwyższenia ujętego w bilansie kapitału własnego o [...] mln DEM. Po dwóch kolejnych transferach rezerwa celowa wynosiła na dzień 31 grudnia 2002 r. łącznie [...] mln DEM.
- (140) BAKred uznawał corocznie przeniesiony kapitał IB w całości jako dodatkowy kapitał podstawowy⁽³⁶⁾. LSH nie mógł jednakże dysponować nim w całości na zabezpieczenie własnej działalności komercyjnej. Podobnie jak w sprawie WestLB, rezerwa celowa została częściowo przeznaczona na zadania wspierające banku IB. Ta część rezerwy celowej nie mogła zostać przeznaczona na rozszerzenie działalności komercyjnej banku, jednakże spełniała funkcję gwarancyjną dla banku LSH. Taka sama sytuacja wystąpiła w przypadku rezerwy celowej – nieruchomości, nieuznanej przez BAKred za kapitał podstawowy, lecz spełniającej funkcję gwarancyjną dla banku.
- (141) Komisja jest zdania, iż do obliczenia odpowiedniego wynagrodzenia nie ma znaczenia, do jakiej wielkości udostępniony kapitał został w rzeczywistości wykorzystany. Miarodajna jest wyłącznie możliwość wykorzystania kapitału do rozszerzenia działalności. Prywatny inwestor nie byłby usatysfakcjonowany uzależnieniem wynagrodze-

⁽³⁶⁾ Niniejszy przypadek różni się od sprawy WestLB tym, że tylko część wartości gotówkowej Instytucji Wspierającej Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego (Wfa), określonej i wykazanej w bilansie jako środki własne, została uznana w rozumieniu przepisów nadzoru bankowego za kapitał własny.

⁽³⁵⁾ Patrz przypis 4, nr 320, 335.

nia od wykorzystania kapitału. Komisja jest podobnego zdania co BdB, które zwraca uwagę, iż dla inwestora, który ponosi ryzyko utraty zainwestowanego kapitału oraz działa na zasadach rynkowych nie ma szczególnego znaczenia fakt, czy instytucja kredytowa rzeczywiście wykorzystwała wniesiony kapitał do rozszerzenia działalności. BdB stwierdza ponadto słusznie, że dla inwestora rynkowego decydujące znaczenie ma fakt, że sam nie może już gospodarować wniesionym kapitałem, w związku z czym nie może generować odpowiednich zysków. W kwestii określenia odpowiedniej bazy kapitałowej nie ma też znaczenia, że LSH w pełni wykorzystał udostępniony kapitał wyłącznie w latach od 1999 do 2003.

(142) Ponadto należy zwrócić uwagę na fakt, że miarodajnym momentem, dla którego należy obliczyć wynagrodzenie za funkcję rozszerzenia działalności, jest moment uznania rezerwy celowej za kapitał podstawowy przez BAKred w rozumieniu przepisów nadzoru bankowego. Dopiero od tego momentu, zgodnie z informacją przekazaną przez Niemcy, kapitał można było wykorzystać w celu zabezpieczenia aktywów obciążonych ryzykiem.

(143) Jeśli jednakże kapitał został już wcześniej wykazany w bilansie jako środki własne, posiadał on przynajmniej funkcję gwarancyjną, jak wyjaśniono powyżej. To samo dotyczy kwoty wykorzystanej przez samo IB oraz na potrzeby rezerwy celowej – nieruchomości. Powyższe należy uwzględnić przy obliczaniu odpowiedniego wynagrodzenia.

e) **Porównanie z innymi instrumentami kapitału własnego**

(144) Jak już wspomniano, postawą obliczenia wynagrodzenia rynkowego jest wynagrodzenie, którego zażądałby inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej, udostępniający bankowi kapitał własny.

(145) Nie pozostawia żadnych wątpliwości fakt, że nie jest możliwe bezpośrednie porównanie majątku celowego przeniesionego do LSH z innymi transakcjami. Jeśli nawet powyższa transakcja pod pewnymi aspektami jest podobna do niektórych instrumentów, to istnieje tak wiele różnic w stosunku do każdego instrumentu, że jakiegokolwiek porównanie może obowiązywać tylko w zawężonym zakresie. Dlatego też odpowiednie wynagrodzenie można również w tym przypadku obliczyć zgodnie z metodą wykorzystaną w sprawie WestLB⁽³⁷⁾, porównując transfer majątku do innych rynkowych instrumentów kapitału własnego i znajdując najbardziej podobny instrument, który będzie wyznacznikiem dla obliczanego wynagrodzenia.

(146) Zdaniem głównego skarżącego majątek rezerwy celowej można porównać wyłącznie z kapitałem zakładowym. Federalny Urząd Nadzoru Bankowości uznał rezerwę celową za kapitał podstawowy (kapitał „pierwszej kategorii”) i dlatego można porównać ją wyłącznie z takimi instrumentami kapitału własnego, które uznane były w Niemczech w roku transferu za kapitał podstawowy. Niemcy uważają natomiast, że porównanie poszczególnych instrumentów kapitału własnego służy jedynie określeniu najbardziej podobnego profilu ryzyka (i na tej podstawie zakresu wynagrodzenia) z punktu widzenia inwestora. Zgodnie z tym kapitał wykazuje największe podobieństwo do tzw. perpetual preferred shares, papierów wartościowych uprawniających do udziału w zyskach i do cichych udziałów.

(147) Należy zwrócić uwagę, że instrumenty przywoływane przez Niemcy dla celów porównawczych stanowią dla banku z reguły tylko bardzo ograniczoną część środków własnych. Są to instrumenty, które uzupełniają „podstawowy kapitał własny”, składający się przede wszystkim z kapitału akcyjnego i otwartych rezerw. Dzięki wniesieniu majątku celowego środki własne LSH dla celów określenia współczynnika wypłacalności zostały prawie potrojone. Nawet jeśli uwzględni się jedynie podwyższenie kwoty, którą LSH mógł wykorzystać na zabezpieczenie prowadzonej działalności, nadal oznacza to podwyższenie środków własnych o ponad 50 %. BdB stwierdza, że pozostałe wspomniane instrumenty uwzględniano zwykle tylko w nieznacznym stopniu. Żaden z instrumentów porównawczych nie wystarczyłby do podwyższenia kapitału LSH w podobny sposób i trwale.

(148) W powyższym kontekście należy także zwrócić uwagę, że względnie szeroki wachlarz innowacyjnych instrumentów kapitału własnego służących jako podstawowe i uzupełniające środki własne, który był dostępny dla instytucji kredytowych wielu krajów, nie istniał w Niemczech w momencie przeniesienia IB do LSH w 1991 r. ani w 1993 r., kiedy LSH musiał sprostać wchodzącym w życie wyższym wymogom kapitałowym. Niektóre ze wspomnianych instrumentów zostały wprowadzone w międzyczasie, inne już istniały, nie były jednak uznawane w Niemczech. W praktyce instrumentami dostępnymi i stosowanymi były wówczas papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach oraz zobowiązania podporządkowane (oba to uzupełniające środki własne, drugi z wymienionych instrumentów uznano dopiero od 1993 r.). Dlatego porównanie kapitału IB z podobnymi instrumentami innowacyjnymi, z których większość została stworzona dopiero później, a część była dostępna tylko w innych krajach, nie jest przekonujące.

(149) Jeśli chodzi o oba instrumenty kapitału własnego, które ogrywają centralną rolę w porównaniu podjętym przez Niemcy jako najbliższe wskaźniki, mianowicie tzw. perpetual preferred shares i papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach, należy zwrócić uwagę na kilka podstawowych kwestii. Perpetual preferred shares klasyfikowane są w innych krajach jako kapitał podstawowy, lecz w Niemczech nadal nie są one uznawane za tego rodzaju kapitał. Papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach zalicza się jedynie do uzupełniających środków własnych, natomiast kapitał IB wykazuje jakość kapitału podstawowego. Z wymienionego powodu kapitał IB jest dużo bardziej użyteczny dla LSH, ponieważ dzięki niemu bank może pozyskać uzupełniające środki własne (np.

⁽³⁷⁾ Patrz przypis 3 pkt 19.

papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach) w tej samej wysokości i rozszerzyć kapitał podstawowy. Jeśli po upływie lat przynoszących straty nastąpią znów lata przynoszące zyski, wówczas najpierw uzupełniono by do wartości nominalnej papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach, a dopiero później kapitał IB. Kapitał IB udostępniono ponadto LSH bez ograniczeń czasowych, podczas gdy papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach zwykle emitowane są na dziesięć lat. Znaczna wielkość wniesionego kapitału jest w przypadku papierów wartościowych uprawniających do udziału w zyskach nietypowa, przy czym należy również uwzględnić kolejność w razie strat. Udział majątku IB jest relatywnie duży, więc przy większych stratach zostanie dość szybko wykorzystany.

(150) Uwzględniając powyższe powody, Komisja uważa, że przedstawione przez Niemcy porównanie z innowacyjnymi instrumentami kapitału własnego nie jest właściwe z powodu szczególnego charakteru majątku IB i nie może stanowić podstawy określenia właściwego wynagrodzenia za kapitał IB. W porozumieniu z dnia 8 października 2004 r. strony również doszły do wniosku, iż omawiana transakcja wykazuje raczej podobieństwo do wniesienia kapitału zakładowego.

(151) Komisja przychyliła się ponadto do opinii BdB, że uzgodnienie o podporządkowaniu kapitału znajdujące się w umowie głównej zawartej między udziałowcami LSH, na podstawie którego kapitał IB zostanie wykorzystany dopiero w drugiej kolejności po pozostałym kapitale własnym LSH, nie zmniejsza ryzyka inwestora. Wniesiony kapitał stanowił znaczną część całego kapitału podstawowego i istnieje duże prawdopodobieństwo, iż kapitał zostanie przynajmniej częściowo wykorzystany w przypadku strat.

f) Koszty płynności

(152) W zasadzie zrozumiała jest argumentacja LSH dotycząca kosztów płynności. „Zwykłe” wniesienie kapitału do banku powoduje zarówno poprawę płynności, jak i zwiększenie kapitału podstawowego, który jest konieczny do rozszerzenia działalności komercyjnej w rozumieniu przepisów o nadzorze bankowym. Aby w pełni wykorzystać kapitał, tzn. rozszerzyć aktywa ważne 100 % ryzykiem o wskaźnik 12,5 (tzn. 100 podzielone przez współczynnik wypłacalności w wysokości 8 %), bank musi dokonać 11,5-krotnego refinansowania na rynkach finansowych. Mówiąc prościej, różnica między 12,5 razy otrzymanymi i 11,5 razy zapłaconymi odsetkami z tego kapitału po potrąceniu pozostałych kosztów banku (np. kosztów administracyjnych) daje zysk z kapitału własnego. ⁽³⁸⁾ Majątek celowy nie zwiększa początkowo płynności LSH, ponieważ wniesiony majątek oraz cały uzyskany z niego zysk przeznaczono ustawowo na zadania wspierające rozwój gospodarki oraz budownictwa mieszkaniowego, dlatego LSH ponosi dodatkowe koszty finansowania w wysokości kwoty kapitałowej,

jeśli pobiera z rynków finansowych środki konieczne do pełnego wykorzystania możliwości transakcyjnych, których przysporzył mu dodatkowy kapitał własny, tzn. do rozszerzenia aktywów ważonych ryzykiem o 12,5-krotność kwoty kapitału (lub do utrzymania istniejących aktywów w takiej wysokości.) ⁽³⁹⁾ Z powodu powyższych kosztów dodatkowych, które nie powstałyby w przypadku wniesienia płynnego kapitału własnego, należy w celu określenia właściwego wynagrodzenia ustalić odpowiednie potrącenie. Inwestor rynkowy nie może oczekiwać, że otrzyma takie samo wynagrodzenie jak za kapitał wniesiony w gotówce.

(153) Komisja jest przy tym zdania, że przy obliczeniach nie należy uwzględniać całej stopy refinansowania. Koszty refinansowania stanowią koszty prowadzenia działalności i zmniejszają przychód podlegający opodatkowaniu. Wynik netto banku nie zmniejsza się zatem o kwotę dodatkowo zapłaconych odsetek. Część powyższych kosztów zostanie wyrównana mniejszym podatkiem od osób prawnych. Należy uwzględnić wyłącznie wydatki netto jako dodatkowe obciążenie dla LSH z powodu szczególnego charakteru wniesionego kapitału. Komisja uznaje ostatecznie, że LSH ponosi dodatkowe „koszty płynności” w wysokości „kosztów refinansowania minus podatek od przedsiębiorstw”.

g) Odpowiednie wynagrodzenie

Odpowiednie wynagrodzenie za kwotę stanowiącą zabezpieczenie działalności komercyjnej

(154) Odpowiednie wynagrodzenie za kwotę wykorzystaną na działalność komercyjną można bez wątpienia określić w różny sposób. Wszystkie sposoby obliczenia wynagrodzenia za udostępniony kapitał zakładowy opierają się na takich samych zasadach. Posługując się tymi zasadami Komisja przeprowadziła obliczenia w dwóch etapach: najpierw obliczono wynagrodzenie minimalne, którego inwestor może oczekiwać za (hipotetyczną) inwestycję w kapitał zakładowy w LSH. Następnie sprawdzono, czy z powodu szczególnych cech kwestionowanej transakcji na rynku ustalono by narzuty lub potrącenia i czy Komisja może w danej sytuacji przeprowadzić odpowiednią rzetelną kwantyfikację.

Obliczenie oczekiwanego minimalnego wynagrodzenia za inwestycję w kapitał zakładowy LSH

(155) Oczekiwany zysk z inwestycji oraz ryzyko inwestycji stanowią podstawowe czynniki wpływające na decyzję inwestora rynkowego. Aby określić wysokość obu czynników, inwestor uwzględni wszystkie dostępne informacje o firmie i rynku. Opiera się on na historycznych danych dotyczących średniego zysku z kapitału, które także dają ogólne wyobrażenie o przyszłej wydajności przedsiębiorstwa, a także między innymi na analizie aktualnego modelu

⁽³⁸⁾ W rzeczywistości sytuacja jest dużo bardziej skomplikowana, np. z powodu pozycji pozabilansowych, różnego stopnia ważenia ryzyka aktywów i pozycji o zerowym stopniu ryzyka. Sens argumentacji nie zostaje jednak naruszony.

⁽³⁹⁾ Sytuacja nie zmienia się, jeśli weźmie się pod uwagę możliwość pozyskania kapitału uzupełniającego do wysokości kapitału podstawowego (współczynnik 25 zamiast 12,5 dla kapitału podstawowego).

działania przedsiębiorstwa, strategii i jakości zarządzania oraz odnośnych prognozach dotyczących danej branży.

(156) Inwestor rynkowy zainwestuje tylko wtedy, jeśli inwestycja ta będzie dawała wyższy zysk z kapitału lub niższe ryzyko w porównaniu z najkorzystniejszą alternatywą wykorzystania kapitału. Inwestor nie zdecyduje się na inwestycję w przedsiębiorstwo, jeśli oczekiwany zysk z kapitału jest niższy niż średni oczekiwany zysk z kapitału innych przedsiębiorstw o porównywalnym profilu ryzyka. W tej sytuacji można założyć, że istnieją wystarczające alternatywy wobec danego zamierzenia inwestycyjnego, które obiecują wyższe zyski przy takim samym poziomie ryzyka.

(157) Aby obliczyć odpowiednie najniższe wynagrodzenie, można użyć różnych metod, począwszy od najróżniejszych wariantów metody finansowej do metody CAPM. Przy przedstawieniu różnych rozwiązań należy rozróżnić dwa składniki, zysk nieobciążony ryzykiem oraz premię za ryzyko w przypadku danego projektu:

odpowiedni zysk minimalny inwestycji obciążonej ryzykiem

=

podstawowa stopa procentowa nieobciążona ryzykiem + premia za ryzyko inwestycyjne

Odpowiedni minimalny zysk z inwestycji obciążonej ryzykiem można zatem opisać jako sumę stopy zysku nieobciążonej ryzykiem i dodatkowej premii za ryzyko związanej z przejściem ryzyka specyficznego dla danej inwestycji.

(158) Podstawą obliczenia zysku z kapitału jest zawsze istnienie formy inwestycji nieobciążonej ryzykiem z nieobciążonym ryzykiem zyskiem z kapitału. Zwykle dla oceny podstawowej stopy procentowej nieobciążonej ryzykiem przyjmuje się oczekiwany zysk z papierów wartościowych o stałym oprocentowaniu emitowanych przez państwo (względnie indeks opierający się na tego typu papierach wartościowych), ponieważ są to formy inwestycji obciążone porównywalnie niskim ryzykiem. Różnice między poszczególnymi metodami występują jednakże przy obliczeniu premii za ryzyko:

— Podejście finansowe: Oczekiwany przez inwestora zysk z kapitału własnego stanowi z punktu widzenia banku wykorzystującego kapitał przyszłe koszty finansowania. Przy tym podejściu określone są najpierw historyczne koszty kapitału własnego, które ponoszą banki porównywalne z opisywanym bankiem. Średnia arytmetyczna historycznych kosztów kapitału zostaje następnie porównana z przyszłymi, oczekiwanymi kosztami kapitału własnego, a w ten sposób z zyskiem z kapitału oczekiwanym przez inwestora.

— Podejście finansowe ze skumulowanym rocznym wzrostem (compound annual growth rate): Centralnym punktem tego podejścia jest zastosowanie średniej geometrycznej zamiast arytmetycznej.

— Metoda wyceny aktywów kapitałowych (capital asset pricing model – CAPM): W nowoczesnych finansach metodą najbardziej znaną i najczęściej testowaną jest CAPM. Przy pomocy tej metody można określić zysk z kapitału oczekiwany przez inwestora przy pomocy następującego wzoru:

minimalny zysk

=

podstawowa stopa procentowa nieobciążona ryzykiem + (premia rynkowa za ryzyko × beta)

Premię za ryzyko inwestycji w kapitał własny oblicza się przez pomnożenie rynkowej premii za ryzyko oraz współczynnika beta (premia rynkowa za ryzyko × beta). Współczynnik beta pozwala na porównanie ryzyka danego przedsiębiorstwa z łącznym ryzykiem wszystkich przedsiębiorstw.

CAPM jest główną metodą obliczenia zysków inwestycyjnych w przypadku dużych przedsiębiorstw notowanych na giełdzie. LSH nie jest przedsiębiorstwem notowanym na giełdzie, dlatego nie można bezpośrednio wyliczyć wartości beta. Zastosowanie metody CAPM jest możliwe wyłącznie na podstawie orientacyjnego współczynnika beta.

(159) W uwagach z dnia 29 lipca 2003 r. BdB przedstawiło oczekiwane minimalne wynagrodzenie za inwestycję w kapitał zakładowy LSH w momencie wniesienia majątku na dzień 31 grudnia 1990 r., obliczone przy zastosowaniu metody CAPM, w wysokości 14,85 % rocznie. Niemcy wyraziły zasadnicze wątpliwości co do zastosowania metody CAPM. Ich zdaniem BdB założyło zawyżony współczynnik beta i błędnie określiło podstawową stopę procentową nieobciążoną ryzykiem. Rynkowa premia za ryzyko w wysokości 4,6 % jest również zbyt wysoka. Gdyby BdB przyjęło poprawne założenia, otrzymałoby przy pomocy metody CAPM zdecydowanie niższą wartość minimalnego wynagrodzenia za hipotetyczną inwestycję w kapitał zakładowy LSH. Kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn, HSH Nordbank oraz BdB w porozumieniu o odpowiednim rynkowym wynagrodzeniu stwierdziły, że odpowiednie minimalne wynagrodzenie wynosi 9,29 %.

(160) Strony porozumienia zastosowały w swoich obliczeniach metodę CAPM. Przyjęły podstawową stopę procentową nieobciążoną ryzykiem w wysokości 6,61 %. Określając powyższą stopę procentową, założono, że majątek celowy LSH został udostępniony trwale. Strony nie zastosowały zatem zysku nieobciążonego ryzykiem z inwestycji o określonym czasie trwania (np. zysk z dziesięcioletnich obligacji państwowych) obserwowanego na rynku w dniu wniesienia kapitału na dzień bilansowy, gdyż takie spojrzenie pomijałoby ryzyko reinwestycji, tzn. ryzyko braku możliwości ponownego zainwestowania po upływie okresu inwestycji w wysokości stopy procentowej nieobciążonej ryzykiem. Zdaniem stron najlepiej uwzględnić się ryzyko inwestycji, jeśli jako podstawę przyjmie się „total return index”. Z tego powodu strony oparły się na indeksie niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG) REX10 performance index, który odzwierciedla zachowanie inwestycji w obligacje federalne o dokładnie dziesięcioletnim czasie trwania. Zastosowany indeks uwzględnia stan indeksu REX10 performance index na koniec każdego roku od

1970 r. Strony oszacowały w ten sposób zysk roczny, odzwierciedlający tendencję przyjętego indeksu: REX10 performance index w okresie od 1970 do 1990 r. i uzgodniły podstawową stopę procentową nieobciążoną ryzykiem w wysokości 6,61 %.

(161) Procedura obliczenia podstawowej stopy procentowej nieobciążonej ryzykiem w tym szczególnym przypadku wydaje się właściwa, uwzględniając, że kapitał udostępniono bankowi LSH trwale. Ponadto przyjęty indeks REX10 performance index stanowi ogólnie uznane źródło danych. Obliczona podstawowa stopa procentowa nieobciążona ryzykiem wydaje się niniejszym uzasadniona.

(162) Współczynnik beta określono na poziomie 0,670 na podstawie ekspertyzy KPMG, którą dysponuje Komisja, dotyczącej tzw. dostosowanych (adjusted) współczynników beta wszystkich instytucji kredytowych w Niemczech notowanych na giełdzie. Na podstawie powyższej ekspertyzy oraz przy uwzględnieniu profilu działalności banku LSH powyższy współczynnik beta należy uznać za właściwy.

(163) Komisja uważa także rynkową premię za ryzyko w wysokości 4,0 % za akceptowalną. Już w postępowaniu w sprawie WestLB, zakończonym decyzją 2000/392/WE, Komisja kilkakrotnie omawiała tzw. ogólną długoterminową rynkową premię za ryzyko, a więc różnicę między długoterminowym zyskiem średnim ze zwykłego portfela akcji oraz z obligacji państwowych. W odpowiednich ekspertyzach dotyczących postępowania zastosowano przedział od ok. 3 % do 5 %, w zależności od metodyki, oceny czasu oraz danych. Do wycieńczenia w ekspertyzie sporządzonej dla BdB alternatywnie przyjęto wartości 3,16 % oraz 5 %, a inna ekspertyza sporządzona dla banku WestLB w ramach tego samego postępowania przyjęła wartości 4,5 % oraz 5 %, natomiast analitycy Lehman Brothers, którzy pracowali na zlecenie WestLB, założyli stopę 4 %. Biorąc pod uwagę powyższe, Komisja nie widzi potrzeby rezygnowania z rynkowej premii za ryzyko zastosowanej w porozumieniu. Uwzględniając zastosowanie metody CAPM, zdaniem Komisja nie ma wątpliwości, że minimalne wynagrodzenie obliczone przez strony jest odpowiednie.

(164) Komisja nie dostrzega przesłanek świadczących o tym, że obliczone przez strony wynagrodzenie za hipotetyczną inwestycję w kapitał zakładowy nie wytrzymałoby testu rynkowego. Komisja ustala zatem odpowiednie minimalne wynagrodzenie za majątek celowy na poziomie 9,29 % rocznie. (każdorazowo po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym).

Potrącenie z zysku z kapitału z powodu braku płynności

(165) Długoterminowa stopa procentowa nieobciążona ryzykiem (dziesięcioletnie niemieckie obligacje federalne) wynosiła na koniec 1990 r. 8,98 %. LSH podał, że koszty refinansowania wynosiły ok. 9,2 % w momencie przeniesienia majątku w związku z jego strukturą finansową. W porozumieniu strony przyjęły podstawową stopę procentową

nieobciążoną ryzykiem w wysokości 6,61 %⁽⁴⁰⁾. Ponadto strony uzgodniły przyjęcie zryczałtowanej stawki podatkowej w wysokości 50 %. W ten sposób uzyskały stopę refinansowania netto w wysokości 3,31 %, co stanowi odpowiednie potrącenie z wynagrodzenia z powodu braku płynności.

(166) Na podstawie powyższego porozumienia i faktu, że kwota mieści się w przedziale wcześniej określonym przez Niemcy, Komisja nie widzi powodu, aby uznać ją za niewłaściwą i przyjmuje powyższą kwotę jako podstawę przy obliczaniu elementu pomocy.

Marża na zysk z kapitału ze względu na szczególne cechy transferu

(167) W praktyce przy ustalaniu wynagrodzenia za inwestycję cechy nietypowe, odbiegające od standardowej inwestycji w kapitał zakładowy znajdują zwykle wyraz w postaci odpowiednich dopłat lub potrąceń. Należy zatem sprawdzić, czy szczególne cechy, zwłaszcza dany profil ryzyka transferu kapitału IB sprawiają, że istnieją powody do dostosowania określonego minimalnego wynagrodzenia w wysokości 9,29 %, którego oczekiwali inwestor prywatny za (hipotetyczną) inwestycję w kapitał zakładowy LSH, oraz czy Komisja może przeprowadzić kwantyfikację w sposób metodologicznie poprawny. W tym kontekście należy zbadać trzy aspekty: po pierwsze brak emisji nowych udziałów w spółce oraz związanych z nimi praw do głosu, po drugie szczególny zakres transferu majątku oraz po trzecie brak zamienności inwestycji.

(168) Kraj związkowy nie uzyskał dodatkowych głosów wskutek wniesienia kapitału. Rezygnując z prawa do głosu, inwestor traci możliwość wpływu na zarząd banku przy podejmowaniu decyzji. Gdyby doszło do zwiększenia praw do głosu kraju związkowego, posiadałby on ponad 50 % praw głosu, tzn. kraj związkowy stałby się udziałowcem większościowym. Dla wyrównania podwyższonego ryzyka strat, za którym nie idzie odpowiednio większy wpływ na przedsiębiorstwo, inwestor rynkowy (nawet w przypadku zmniejszenia ryzyka wskutek wewnętrznych ustaleń z innymi udziałowcami) zażądałby wyższego wynagrodzenia. Zakładając wyższe wynagrodzenie za akcje uprzywilejowane w stosunku do akcji zwykłych oraz w porozumieniu z głównym skarżącym BdB, krajem związkowym Sleszwik-Holsztyn oraz LSH, które w wyniku rozmów prowadzonych w sierpniu/wrześniu 2004 r. uznały za właściwą stopę w wysokości 0,3 % rocznie (po opodatkowaniu), Komisja uważa podwyższenie wynagrodzenia o co najmniej 0,3 % (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw) za uzasadnione. Również strony porozumienia uważają podwyższenie wynagrodzenia o 0,3 % z powodu braku emisji nowych praw do głosu za właściwe.

(169) Wielkość wniesionego majątku oraz wpływ, jaki miał on na LSH z punktu widzenia wymogów dyrektywy w sprawie współczynnika wypłacalności, został już omówiony. Wskutek wniesienia kapitału IB zwiększył się znacznie kapitał podstawowy LSH i to bez ponoszenia kosztów uzyskania i opłat administracyjnych. Inwestor rynkowy zażądałby prawdopodobnie podwyższenia wynagrodzenia za wniesienie kapitału o znacznej wielkości względnej

⁽⁴⁰⁾ Strony przyjmują za podstawę stopy procentowe nieobciążone ryzykiem określone według REX10 performance index niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG).

i bezwzględnej, jakim jest masa majątkowa IB. Z drugiej strony wniesienia kapitału zakładowego w wysokości 1,3 mld DEM do jednego z największych niemieckich banków uniwersalnych, szczególnie w kontekście dużego zapotrzebowania kapitałowego europejskich instytucji kredytowych spowodowanego dyrektywą w sprawie współczynnika wypłacalności, nie można uznać za transakcję zupełnie odbiegającą od normalnych wielkości. Dodatkowo należy zauważyć, że znaczny wartość transakcji może sugerować podobieństwo wkładu majątkowego do wniesienia kapitału zakładowego, gdyż w momencie transferu pod koniec 1990 r. ciche udziały o dużej wartości były na rynku dość nietypowe. Oznaczałoby to niedopuszczalne podwójne uwzględnienie wartości majątku, gdyby w przypadku inwestycji podobnej do wniesienia kapitału zakładowego uzasadniano dodatkową marżę wartością wniesionego majątku. Komisja uznaje zatem, że nie udowodniono dostatecznie, że inwestor rynkowy zażądałby za daną bezwzględną i względną wielkość wniesionego kapitału szczególnej dodatkowej marży. Komisja rezygnuje na korzyść LSH z nałożenia marży za pobrania zwiększonego wynagrodzenia, uwzględniając wolumen przeniesienia majątku. Porozumienie również zawiera postanowienie, że z powodu wartości wniesionego majątku nie należy zwiększać wynagrodzenia.

(170) Wreszcie należy zwrócić uwagę na brak zamienności inwestycji, tzn. brak możliwości odzyskania zainwestowanego kapitału w dowolnym momencie. Inwestor może zwykle zbyć instrument kapitału własnego na rynku na rzecz osoby trzeciej i w ten sposób zakończyć swoją inwestycję. Standardowe wniesienie kapitału zakładowego odbywa się w następujący sposób: inwestor wnosi po stronie aktywów w bilansie majątek (w gotówce lub w formie aportu). Po stronie pasywów odpowiada temu zwykle udział na rzecz inwestora, którym może on dysponować, np. w przypadku spółki akcyjnej są to akcje. Akcje może on odsprzedać osobie trzeciej. W ten sposób nie może odzyskać aktywów wniesionych pierwotnie, ponieważ zaliczają się one obecnie do obowiązkowego kapitału własnego spółki i nie ma on do nich dostępu. Jednak może – w zależności od kursu giełdowego – uzyskać ich równowartość, zbywając posiadane akcje. Jego inwestycja jest w ten sposób zamienna. Kraj związkowy nie posiada takiej możliwości z powodu szczególnych okoliczności wniesienia majątku IB. Komisja nie widzi jednakże powodu dla ustalenia kolejnej marży. Kraj związkowy nie miał wprawdzie możliwości uzyskania równowartości poprzez wolne dysponowanie inwestycją, jednak przynajmniej zasadniczo przez cały czas istniała możliwość ponownego wydzielenia majątku celowego z LSH na mocy ustawy i w ten sposób uzyskania wyższego zysku z kapitału poprzez ponowną inwestycję w inną instytucję kredytową. Także w tym przypadku porozumienie między BdB, krajem związkowym Szlezwik-Holsztyn i HSH Nordbank zakłada, że z powodu braku zamienności majątku nie jest konieczna marża.

(171) Komisja uważa ostatecznie za uzasadnioną marżę na zysk z kapitału w wysokości 0,3 % rocznie (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym) za rezygnację z uzupełniających praw do głosu.

Łączne wynagrodzenie

(172) Na podstawie wszystkich powyższych rozważań i w porozumieniu z głównym skarżącym BdB, krajem związkowym Szlezwik-Holsztyn oraz LSH Komisja doszła do wniosku, że odpowiednie wynagrodzenie za kapitał powinno wynosić 6,28 % rocznie (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw), a mianowicie 9,29 % zwykłego zwrotu z danej inwestycji plus marża 0,3 % za szczególny charakter transakcji minus 3,31 % z powodu nakładów finansowych, które ponosi bank LSH w związku z brakiem płynności wniesionego majątku.

Odpowiednie wynagrodzenie za kapitał IB do momentu uznania przez BAKred, za kwotę wykorzystaną przez IB oraz za rezerwę celową – nieruchomości

(173) Jak przedstawiono powyżej, kapitał IB stanowił dla LSH wartość materialną już przez uznanie go przez BAKred za kapitał podstawowy w rozumieniu przepisów Prawa bankowego (KWG), ponieważ został on wykazany w bilansie jako kapitał własny już w momencie wniesienia. To samo dotyczy kwoty wykorzystanej przez IB oraz rezerwy celowej – nieruchomości. Funkcję ekonomiczną powyższego kapitału można porównać z poręczeniem lub gwarancją. Aby podjąć ryzyko tego typu, inwestor rynkowy zażądałby odpowiedniego wynagrodzenia. Niemcy uznały początkowo marżę zaakceptowaną⁽⁴¹⁾ przez Komisję w decyzji 2000/392/WE w wysokości 0,3 % za funkcję gwarancyjną na rzecz LSH za niewłaściwą. W decyzji 2000/392/WE ustalono marżę w wysokości 0,3 % rocznie na wymienioną stopę w wysokości 0,3 % rocznie, ponieważ z jednej strony poręczenia awalowe wiążą się zwykle z określonymi transakcjami i mają ograniczony czas trwania (co nie miało miejsca w przypadku WestLB), a z drugiej strony kwota w wysokości ponad 3,4 mld DEM udostępniona WestLB jest wyższa niż kwota, którą zwykle pokrywają tego typu poręczenia bankowe.

(174) Biorąc pod uwagę zasadniczą porównywalność przypadków banków WestLB i LSH oraz z powodu braku innych wyznaczników, Komisja uważa, że stopa ta odpowiada wynagrodzeniu, które LSH musiałyby zapłacić na rynku za poręczenie awalowe na jego rzecz.

(175) Porozumienie między BdB, krajem związkowym Szlezwik-Holsztyn oraz LSH zakłada również, że marża w wysokości 0,3 % rocznie jest uzasadniona. Komisja uważa dodatkową marżę LSH za uzasadnioną i ustala stopę w wysokości 0,3 % rocznie jako odpowiednie wynagrodzenie za funkcję gwarancyjną kapitału w momencie wykazania transferu w bilansie na dzień 1 stycznia 1991 r. do momentu uznania przez BAKred. Stopa w wysokości 0,3 % rocznie po opodatkowaniu została przyjęta przez strony w tabeli dołączonej do porozumienia dotyczącej kalkulacji elementu pomocy.

Brak uwzględnienia wypłat dywidendy przez IB

(176) Niemcy stwierdziły, że należne wynagrodzenie należy obniżyć o dywidendy IB wypłacone w latach 1993 do 2002 na rzecz kraju związkowego w wysokości 99,9 mln

⁽⁴¹⁾ Patrz przypis 3 pkt 221.

DEM. Płatności dokonane po przeprowadzeniu inwestycji oraz zrealizowane podwyższenia wartości nie są relewantne w świetle zasady inwestora rynkowego, który na podstawie informacji udostępnionych w momencie inwestycji może oczekiwać odpowiedniego zysku lub bezpośredniego wynagrodzenia. Stąd z góry obliczone wypłaty dywidend lub wzrost wartości nie mogą być miarodajne.

(177) Komisja uznaje, że w niniejszym przypadku nie należy obniżać należnego wynagrodzenia o wypłatę dywidend IB.

h) *Efekty synergii*

(178) LSH uważa, że obliczając wynagrodzenie kraju związkowego, należy uwzględnić także uzyskane efekty synergii. Jednoznaczne jest, że rzeczywistym celem przeniesienia było uzyskanie przez LSH bazy kapitałowej zgodnej z nowymi przepisami dotyczącymi wypłacalności. Efekty synergii uznano za pozytywny efekt (uboczny), który jednak nie był głównym powodem przeprowadzania transakcji.

(179) Jeśli IB uzyska ponadto efekty synergii i oszczędności, wówczas przysporzy to korzyści WKA i WAK (i w ten sposób krajowi związkowemu) poprzez redukcję kosztów, ale nie można ich uznać za świadczenie zwrotne LSH z tytułu udostępnienia podstawowych środków własnych. Powyższe efekty synergii nie zmniejszą użyteczności wniesionego kapitału dla LSH, ani nie zwiększą kosztów związanych z przeniesieniem; efekty synergii nie powinny zatem mieć także wpływu na wynagrodzenie, którego mógłby zażądać za udostępniony kapitał inwestor rynkowy. Również w przypadku rzeczywistej korzyści kraju związkowego spowodowanej efektami synergii, każdy konkurent byłby zmuszony do „zapłaty” „wynagrodzenia” za instrument finansowy (kapitał IB) na rzecz kraju związkowego w formie takich korzyści wraz z odpowiednim wynagrodzeniem za udostępniony kapitał własny.

(180) Efekty synergii odczuwalne są zwykle po stronach obu przedsiębiorstw biorących udział w połączeniu. Nie jest

(188) Poniższa tabela przedstawia obliczenie elementu pomocy:

zatem zrozumiałe, dlaczego LSH nie miałyby uzyskać żadnego zysku z takich korzyści.

i) *Zmiana ustawy w dniu 1 czerwca 2003 r.*

(181) Niemcy potwierdziły, że z mocą prawną na dzień 1 czerwca 2003 r. IB został wyłączony z majątku LSH. Majątek celowy – nieruchomości natomiast wyłączono z LSH z dniem 1 czerwca 2003 r.

(182) LSH nie może zatem od dnia 1 czerwca 2003 r. zabezpieczać aktywów obciążonych ryzykiem z prowadzonej działalności komercyjnej LSH majątkiem celowym lub też wykorzystywać jego funkcji gwarancyjnej.

(183) Komisja uznaje, że udowodniono, iż niniejszym badane sprzyjanie danemu przedsiębiorstwu zostało zakończone wraz z wyodrębnieniem majątku celowego z dniem 1 czerwca 2003 r.

j) *Element pomocy*

(184) Po przeprowadzeniu powyższych obliczeń Komisja doszła do wniosku, że wynagrodzenie, które LSH powinien zapłacić za majątek celowy, uznany przez BAKred za kapitał podstawowy, wynosi 6,28 % rocznie po opodatkowaniu oraz 0,3 % po opodatkowaniu za różnicę między tą częścią kapitału a kwotą wykazaną w bilansie LSH jako kapitał własny oraz za rezerwę celową – nieruchomości.

(185) Powyższe wynagrodzenie należy zapłacić za okres od dnia 1 stycznia 1991 r. do zakończenia preferencyjnego traktowania w dniu 31 maja 2003 r.

(186) LSH zapłacił wynagrodzenie wyłącznie za kwotę, którą mógł wykorzystać na zabezpieczenie działalności komercyjnej.

(187) Element pomocy stanowi różnica między rzeczywistymi płatnościami a płatnościami, które odpowiadałyby warunkom rynkowym.

Tabela 4

Obliczenie elementu pomocy (w mln DEM)

W mln DEM

	1991 (*)	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003 (5 miesięcy)
Kapitał IB łącznie	1 306,0	1 312,2	1 337,9	1 387,0	1 472,0	1 563,0	1 665,9	1 763,0	1 814,0	1 817,0	1 849,2	1 923,9	1 967,6
1. Kwota, którą mógł wykorzystać LSH	1 018,0	1 013,1	954,0	1 024,0	1 092,0	1 172,0	1 264,0	1 346,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2. Kwota wykorzystana przez IB	288,0	299,0	383,9	363,0	380,0	391,0	401,9	417,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
3. Kwota między 1.1.1991 a 30.8.1991	870,7	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
4. Rezerwa celowa nieruchomości	-	-	-	-	-	-	-	-	-	[...]	[...]	[...]	[...]

W mln DEM

	1991 (*)	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003 (5 miesięcy)
Wynagrodzenie w wysokości 6,28 % (po opodatkowaniu) za 1.	21,3	63,6	59,9	64,3	68,6	73,6	79,4	84,5	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Wynagrodzenie 0,3 % (po opodatkowaniu) za 2.	0,3	0,9	1,2	1,1	1,1	1,2	1,2	1,3	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Wynagrodzenie 0,3 % (po opodatkowaniu) za 3.	2,6	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Wynagrodzenie 0,3 % (po opodatkowaniu) za 4.	-	-	-	-	-	-	-	-	-	[...]	[...]	[...]	[...]
Wynagrodzenie rynkowe łącznie	24,2	64,5	61,1	65,4	69,7	74,8	80,6	85,8	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Rzeczywiste wynagrodzenie (po opodatkowaniu)	0	0	0,9	2,4	1,0	2,5	5,0	6,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Element pomocy	24,2	64,5	60,2	63,0	68,7	72,3	75,6	79,2	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(*) Kapitał IB został dla celów bilansowych wniesiony w dniu 1.1.1991 r. i udostępniony LSH przez pierwsze 8 miesięcy 1991 r. jako zabezpieczenie (funkcja gwarancyjna). Po uznaniu przez BAKred, tzn. przez ostatnie 4 miesiące roku 1991 r., kapitał mógł być wykorzystany także na działalność konkurencyjną.
Od dnia 1 stycznia 1999 r. DEM przeliczono na EUR według kursu 1,95583. Dane w DEM należy odpowiednio przeliczyć na EUR.

(189) Element pomocy wynosi za okres od przyznania pomocy do dnia 31 maja 2003 r. łącznie w markach niemieckich 845,6 mln DEM. Powyższą kwotę należy przeliczyć na EUR, wynosi ona 432,3 mln EUR.

1.3. ZAKŁÓCENIE KONKURENCJI ORAZ WPŁYW NA WYMIANĘ HANDLOWĄ MIĘDZY PAŃSTWAMI CZŁONKOWSKIMI

(190) Wskutek liberalizacji usług finansowych oraz integracji rynków finansowych sektor bankowy na obszarze Wspólnoty narażony jest coraz bardziej na zakłócenia konkurencji. Obecnie sytuacja ta jeszcze się zaostrza w ramach unii gospodarczo-walutowej, która ma przyczynić się do zniesienia istniejących barier konkurencyjnych na rynkach usług finansowych.

(191) Bank LSH prowadził działalność zarówno na poziomie regionalnym, jak i w skali międzynarodowej. LSH jest uniwersalnym bankiem komercyjnym, bankiem centralnym kas oszczędnościowych oraz bankiem publiczno-komunalnym. Pomimo nazwy, tradycji oraz zadań uregulowanych ustawowo LSH w żadnym razie nie jest bankiem lokalnym lub regionalnym.

(192) To pokazuje wyraźnie, że bank LSH świadczy usługi bankowe, konkurując z innymi bankami europejskimi poza Niemcami, a także na terenie Niemiec, ponieważ banki z innych państw europejskich prowadzą swoją działalność w Niemczech.

(193) Należy zwrócić uwagę na ścisłe powiązanie między kapitałem własnym instytucji kredytowej i jej działalnością bankową. Tylko przy pomocy wystarczających zasobów uznanego kapitału własnego bank może prowadzić oraz rozszerzać działalność komercyjną. LSH został wyposażony w taki kapitał własny na cele wypłacalności dzięki zasobom państwowym, co wpłynęło bezpośrednio na możliwości transakcyjne banku.

(194) Stwierdza się zatem, że pomoc przeznaczona dla LSH zakłóca konkurencję i wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.

1.4. WYNIK

(195) Na podstawie powyższych rozważań można stwierdzić, że są spełnione wszystkie kryteria art. 87 ust. 1 Traktatu WE, a przeniesienie majątku funduszu celowego wiąże się z pomocą państwa w rozumieniu tego artykułu.

2. ZGODNOŚĆ ZE WSPÓLNYM RYNKIEM

(196) Wychodząc z powyższego założenia, należy sprawdzić, czy pomoc można uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem. Należy przy tym zauważyć, że LSH powoływał się tylko na odstępstwo określone w art. 86 ust. 2 Traktatu WE w odniesieniu do różnych elementów pomocy związanych z transferem kapitału IB oraz nieruchomości.

(197) Żadne odstępstwo określone w art. 87 ust. 2 Traktatu WE nie znajduje w powyższej sytuacji zastosowania. Pomoc nie ma charakteru socjalnego, ani nie została przyznana indywidualnym konsumentom. Nie miała ona także na celu naprawienia szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi lub innym zdarzeniami nadzwyczajnymi, ani skompensowania niekorzystnych skutków gospodarczych spowodowanych podziałem Niemiec.

(198) Pomoc nie ma celu wspierania regionów – nie jest przeznaczona ani na sprzyjanie rozwojowi gospodarczemu regionów, w których poziom życia jest nienormalnie niski lub regionów, w których istnieje poważny stan niedostatecznego zatrudnienia, ani na ułatwianie rozwoju niektórych regionów gospodarczych – dlatego nie ma zastosowania ani art. 87 ust. 3 lit. a), ani aspekt regionalny

określony w art. 87 ust. 3 lit. c) Traktatu WE. Pomoc nie jest przeznaczona na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania. Wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturowego także nie stanowią celu pomocy.

- (199) Kontynuacja działalności LSH nie była zagrożona w momencie przeprowadzania wymienionego działania, dlatego nie pojawiła się kwestia czy bankructwo jednego dużego banku, jakim jest LSH w Niemczech, mogłoby doprowadzić do kryzysu sektora bankowego, co z kolei na podstawie art. 87 ust. 3 lit. b) Traktatu WE mogłoby uzasadniać przyznanie pomocy w celu zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce Niemiec.
- (200) Zgodnie z art. 87 ust. 3 lit. c) Traktatu WE za zgodną ze wspólnym rynkiem może zostać uznana pomoc państwa przeznaczona na sprzyjanie rozwojowi niektórych sektorów gospodarczych. Zasadniczo powyższe może także dotyczyć pomocy na restrukturyzację w sektorze bankowym. W omawianym przypadku jednakże brak przesłanek koniecznych do zastosowania powyższego wyjątku. Banku LSH nie można uznać za przedsiębiorstwo znajdujące się w trudnej sytuacji, które musi otrzymać pomoc państwa dla odzyskania rentowności.
- (201) Art. 86 ust. 2 Traktatu WE, który dopuszcza w określonych okolicznościach odstępstwa od przepisów Traktatu o pomocy państwa, zasadniczo dotyczy także sektora usług finansowych. Komisja potwierdziła powyższe stwierdzenie w sprawozdaniu pt. „Usługi świadczony w ogólnym interesie gospodarczym przez sektor bankowy”⁽⁴²⁾. LSH stwierdził, iż świadczy on usługi w ogólnym interesie gospodarczym i że w zakresie, w jakim ewentualne dotacje kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn przeznaczane są na realizację zadań publicznych lub usług użyteczności publicznej, nie stanowią one niezgodnej z prawem pomocy państwa. LSH nie spełnia jednakże formalnych wymogów: nie podano konkretnych zadań, które LSH wypełnia w ramach usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, ani nie podano związanych z tym kosztów. Zatem jest jasne, że transfer przeprowadzono, aby LSH mógł sprostać nowym wymogom dotyczącym kapitału własnego, i bez związku z jakimkolwiek usługami na rzecz ogólnego interesu gospodarczego. Zatem w niniejszym przypadku nie ma również zastosowanie powyższe wyłączenie.
- (202) Ponieważ żadne wyłączenie od zasady zakazu pomocy państwa określone w art. 87 ust. 1 Traktatu WE nie znajduje zastosowania, niniejszej pomocy państwa nie można uznać za zgodną z Traktatem.

3. BRAK ISTNIEJĄCEJ POMOCY

- (203) W przeciwieństwie do stanowiska Niemiec dotyczącego LSH nie można uznać, że wniesienie kapitału mieści się w istniejącym systemie poręczeń państwowych Anstaltslast i Gewährträgerhaftung.
- (204) Po pierwsze przesłanki stanu nieograniczonej odpowiedzialności udziałowców banku za zobowiązania wierzycieli (Gewährträgerhaftung), jeżeli majątek banku nie jest wystarczający do zaspokojenia ich roszczeń, nie były

w tym przypadku spełnione. Wniesienie kapitału nie służyło zaspokojeniu roszczeń wierzycieli banku krajowego, a majątek banku krajowego nie był wyczerpany.

- (205) Po drugie nie zachodzi stan konieczności zapewnienia bankowi płynności (Anstaltslast). Poręczenie państwowe Anstaltslast zobowiązuje poręczyciela (Anstaltsträger), czyli kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn, do zapewnienia bankowi LSH środków koniecznych do prowadzenia działalności, jeżeli zdecyduje on, że bank ma kontynuować tę działalność. Jednak w momencie wniesienia kapitału bank LSH w żadnym wypadku nie był w sytuacji, w której prowadzenie prawidłowej działalności nie byłoby możliwe, na przykład z braku wystarczających środków. Wniesiony kapitał nie był więc konieczny do zapewnienia prawidłowej działalności banku kraju związkowego. Miał on raczej na celu zwiększenie kapitału banku w związku z wejściem w życie dnia 30 czerwca 1993 r. zaostrożonych przepisów dotyczących wskaźników kapitału podstawowego/środków własnych i umożliwienie przyszłego efektywnego rozszerzenia działalności lub niedopuszczenie do w przeciwnym razie koniecznego zmniejszenia wartości transakcji/aktywów obciążonych ryzykiem banku kraju związkowego. Dzięki działaniu kraju związkowego jako współwłaściciela, wynikającym ze świadomej kalkulacji ekonomicznej, bank będzie mógł również w przyszłości sprostać konkurencji na rynku. Do takiej normalnej, ekonomicznej decyzji kraju związkowego jako współwłaściciela nie ma zastosowania „szczególna regulacja” poręczenia państwowego Anstaltslast. Z braku innego istniejącego programu pomocy, który można by zastosować zgodnie z art. 87 ust. 1, art. 88 ust. 1 Traktatu WE, wniesienie kapitału należy uznać za nową pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 i art. 88 ust. 3 Traktatu WE i odpowiednio zbadać.

X. WNIOSEK

- (206) Komisja stwierdza, że Niemcy przyznały bezprawnie nową pomoc państwa, naruszając art. 88 ust. 3 Traktatu WE. Przyznana pomoc jest niezgodna z prawem.
- (207) Pomocy nie można uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem ani na podstawie art. 87 ust. 2 lub ust. 3 Traktatu WE, ani na podstawie innego postanowienia Traktatu. Zgodnie z powyższym pomoc uznaje się za niezgodną ze wspólnym rynkiem i konieczne jest jej zniesienie i przeprowadzenie windykacji bezprawnie przyznanej pomocy przez rząd niemiecki,

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

Pomoc państwa przyznana przez Niemcy na rzecz Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale, obecnie HSH Nordbank AG, w wysokości 432,3 mln EUR w okresie od dnia 1 stycznia 1999 r. do dnia 31 maja 2003 r. jest niezgodna ze wspólnym rynkiem.

Artykuł 2

Niemcy podejmą wszystkie konieczne działania w celu windykacji od beneficjenta bezprawnie przyznanej pomocy wymienionej w art. 1.

⁽⁴²⁾ Powyższe sprawozdanie przedłożono Radzie ds. Gospodarki i Finansów w dniu 23 listopada 1998 r., ale nie zostało ono opublikowane. Powyższe sprawozdanie jest dostępne w Dyrekcyj Generalnej ds. Konkurencji oraz na stronie internetowej Komisji.

Artykuł 3

Windykacja pomocy nastąpi bezzwłocznie zgodnie z procedurami przewidzianymi w prawie krajowym, pod warunkiem, że przewidują one bezzwłoczne i skuteczne wykonanie tej decyzji.

Kwota pomocy podlegająca windykacji zostanie zwiększona o odsetki, które zostaną naliczone od dnia, w którym pomoc przyznana bezprawnie została udostępniona beneficjentowi do daty jej skutecznej windykacji.

Odsetki zostaną naliczone zgodnie z przepisami rozdziału V rozporządzenia Komisji (WE) nr 794/2004. ⁽⁴³⁾

Artykuł 4

W terminie dwóch miesięcy od daty ogłoszenia niniejszej decyzji Niemcy poinformują Komisję przy pomocy załączonego kwestionariusza o środkach podjętych w celu wykonania decyzji.

Artykuł 5

Niniejsza decyzja jest skierowana do Republiki Federalnej Niemiec.

Bruksela, dnia 20 października 2004.

W imieniu Komisji

Mario MONTI

Członek Komisji

⁽⁴³⁾ Dz.U. L 140 z 30.4.2004, str. 1.

ZAŁĄCZNIK

INFORMACJE DOTYCZĄCE WYKONANIA DECYZJI KOMISJI

1. **Obliczenie kwoty podlegającej windykacji**

- 1.1. Proszę przedłożyć następujące dane szczegółowe dotyczące wysokości bezprawnie przyznanej pomocy, którą udostępniono beneficjentowi.

Data płatności (°)	Wysokość pomocy (*)	Waluta	Beneficjent

(°) Data udostępnienia pomocy lub poszczególnych rat pomocy beneficjentowi (jeśli działanie składa się z kilku rat i wynagrodzeń, należy użyć oddzielnych wierszy dla ich wymienienia)

(*) Wysokość pomocy przyznanej beneficjentowi (ekwiwalent pomocy brutto)

Uwagi:

- 1.2. Proszę o dokładnie wyjaśnić sposób naliczenia odsetek, które należy zapłacić od pomocy podlegającej windykacji.

2. **Działania już podjęte lub zaplanowane w celu windykacji pomocy państwa**

- 2.1. Proszę dokładnie opisać, jakiego rodzaju działania zostały podjęte oraz jakie działania zaplanowano, aby przeprowadzić bezpośrednią i skuteczną windykację pomocy państwa. Proszę wyjaśnić, jakie działania alternatywne istnieją w prawie krajowym w celu przeprowadzenia windykacji. Jeśli to możliwe, proszę podać podstawę prawną przeprowadzonych/zaplanowanych działań.

- 2.2. Kiedy windykacja pomocy zostanie zakończona?

3. **Windykacja przeprowadzona**

- 3.1. Proszę przedłożyć następujące dane szczegółowe dotyczące pomocy, którą beneficjent już zwrócił:

Data (°)	zwrócona kwota	Waluta	Beneficjent

(°) Data zwrotu pomocy

- 3.2. Proszę dołączyć dokumenty potwierdzające zwrot kwot windykowanej pomocy, które wymieniono w powyższej tabeli w punkcie 3.1.

DECYZJA KOMISJI**z dnia 20 października 2004 r.****w sprawie przyznania przez Niemcy pomocy na rzecz Landesbank Hessen-Thüringen – Girozentrale***(notyfikowana jako dokument nr C(2004) 3931)***(Jedynie tekst w języku niemieckim jest autentyczny)****(Tekst mający znaczenie dla EOG)**

(2006/742/WE)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, w szczególności jego art. 88 ust. 2 akapit pierwszy,

uwzględniając Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym, w szczególności jego art. 62 ust. 1 lit. a),

po wezwaniu zainteresowanych stron do przedstawienia uwag zgodnie z wymienionymi powyżej postanowieniami ⁽¹⁾ oraz po uwzględnieniu tych uwag,

a także mając na uwadze, co następuje:

I. PROCEDURA

(1) Pismami z dnia 31 maja 1994 r. i 21 grudnia 1994 r. Federalne Zrzeszenie Niemieckich Banków (Bundesverband deutscher Banken e.V.) (zwane dalej „BdB”), które reprezentuje banki prywatne mające siedziby na terenie Niemiec, poinformowało Komisję m.in. o tym, że została lub zostanie wniesiona pożyczka na wspieranie budownictwa mieszkaniowego do obowiązkowego kapitału własnego, do którego wysokości odpowiada bank, banków krajów związkowych w Nadrenii Północnej-Westfalii, Dolnej Saksonii, Szlezwiku-Holsztynie, Bawarii, Hamburgu i Berlinie, tzn. na rzecz banków: Westdeutsche Landesbank, Norddeutsche Landesbank, Landesbank Schleswig-Holstein, Hamburger Landesbank i Landesbank Berlin. BdB postrzega w związanym z tym podniesieniem środków własnych wymienionych banków krajów związkowych zakłócenie konkurencji poprzez sprzyjanie tym bankom, ponieważ nie uzgodniono wynagrodzenia według zasady inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej. Za pośrednictwem drugiego z wymienionych pism BdB złożyło formalną skargę i wezwało Komisję do wszczęcia procedury przeciwko Niemcom zgodnie z art. 93 ust. 2 Traktatu WE (obecnie art. 88 ust. 2). W lutym i marcu 1995 r. oraz w grudniu 1996 r. liczne banki przyłączyły się do skargi Zrzeszenia.

⁽¹⁾ Dz.U. C 72 z 26.3.2003, str. 3.

(2) BdB poinformowało Komisję o dwóch kolejnych przeniesieniach majątku: pismem z dnia 6 sierpnia 1997 r. w Szlezwiku-Holsztynie na rzecz banku Landesbank Schleswig-Holstein oraz pismem z dnia 30 lipca 1998 r. w Hesji na rzecz Landesbank Hessen-Thüringen. Odnośnie do tego ostatniego transferu Komisja zwróciła się do Niemiec w piśmie z dnia 31 lipca 1998 r. o przesłanie informacji. Niemcy odpowiedziały pismem z dnia 2 października 1998 r., że obecnie istnieje tylko wstępne opracowanie referenta, i ani teraz, ani w przyszłości nie ma powodu, aby Komisja posiadała uzasadnione wątpliwości w powyższych kwestiach.

(3) Komisja zbadała najpierw przeniesienie majątku do Westdeutsche Landesbank (zwanego dalej „WestLB”), oświadczyła jednak, że w świetle wyników sprawy WestLB zbada przeniesienia do innych banków ⁽²⁾. W tej sprawie w roku 1999 Komisja wydała decyzję nr 2000/392 z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie pomocy przyznanej przez Niemcy na rzecz banku Westdeutsche Landesbank Girozentrale ⁽³⁾, w której pomoc (różnica między wynagrodzeniem zapłaconym a rynkowym) została uznana za niezgodną ze wspólnym rynkiem, i która nakazała zwrot pomocy. Sąd Pierwszej Instancji uchylił powyższą decyzję dnia 6 marca 2003 r. z powodu niewystarczającego uzasadnienia dwóch elementów zastosowanych do obliczenia wysokości wynagrodzenia ⁽⁴⁾. Dnia 20 października 2004 r. Komisja wydała nową decyzję, która uwzględniła opinię Sądu.

(4) Dnia 1 września 1999 r. Komisja zwróciła się do Niemiec o przekazanie informacji, które dotyczyły przeniesień do innych banków krajów związkowych, w tym również do banku Helaba. Niemcy przesyłały w związku z tym pismo z dnia 8 grudnia 1999 r. zawierające informacje dotyczące

⁽²⁾ Dz.U. C 140 z 5.5.1998, str. 9 (decyzja o wszczęciu procedury).

⁽³⁾ Dz.U. L 150 z 23.6.2000, str. 1. Przeciwno tej decyzji wniosły skargę Niemcy (TS; C-376/99), kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia (SPI; T-233/99) oraz bank WestLB (SPI; T-228/99); Komisja wszczęła postępowanie w sprawie naruszenia przepisów Wspólnoty (TS; C-209/00).

⁽⁴⁾ Wyrok z dnia 6 marca 2003 r. w sprawach połączonych T-228/99 i T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale i kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia, Zb. Orz. 2003, II-435.

przeniesienia funduszu celowego kraju związkowego do banku Helaba, które, na kolejną prośbę Komisji z dnia 31 października 2000 r., zostały uzupełnione pismem rządu federalnego z dnia 21 stycznia 2001 r.

- (5) Pismem z dnia 13 listopada 2002 r. Komisja przekazała Niemcom swoją decyzję o wszczęciu formalnej procedury zgodnie z art. 88 ust. 2 Traktatu WE odnośnie do wniesienia funduszu celowego kraju związkowego Hesja jako cichego udziału na rzecz banku Helaba. Jednocześnie Komisja poinformowała o wszczęciu procedur w sprawie podobnych przeniesień majątku na rzecz Norddeutsche Landesbank – Girozentrale („NordLB”), Landesbank Schleswig-Holstein – Girozentrale („LSH”), Hamburgische Landesbank – Girozentrale („HLB”) i Bayerische Landesbank – Girozentrale („BayernLB”). W lipcu 2002 r. Komisja wszczęła procedurę w związku z podobnym przeniesieniem funduszu celowego przez kraj związkowy Berlin na rzecz banku Landesbank Berlin.
- (6) Decyzja Komisji o wszczęciu procedury została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej⁽⁵⁾. Komisja wezwała zainteresowane strony do przedstawienia uwag.
- (7) W piśmie z dnia 9 kwietnia 2003 r. Niemcy zajęły stanowisko odnośnie do wszczęcia procedury w sprawie Helaba.
- (8) W piśmie z dnia 29 lipca 2003 r. BdB zajęło wspólne stanowisko odnośnie do wszystkich decyzji o wszczęciu procedur z dnia 13 listopada 2002 r., które zostały przesłane Niemcom w piśmie z dnia 28 lipca 2003 r. z prośbą o zajęcie stanowiska.
- (9) W pismach z dnia 10. października i 4. grudnia 2003 r. Niemcy zajęły stanowisko odnośnie do wyjaśnień BdB w sprawie Helaba. W piśmie z dnia 30 października 2003 r. Niemcy przekazały ponadto wyjaśnienia rządu kraju związkowego Nadrenia Północna-Westfalia i banku WestLB odnośnie do stanowiska Federalnego Zrzeszenia Niemieckich Banków.
- (10) W piśmie z dnia 7 kwietnia 2004 r. Komisja zwróciła się do Niemiec o dalsze informacje odnośnie do wszystkich procedur dotyczących banków krajów związkowych, a w pismach z dnia 19 maja 2004 r. i 3 sierpnia 2004 r. Komisja oddzielnie poprosiła o informacje dotyczące banku Helaba. Niemcy przekazały swoje odpowiedzi w pismach z dnia 1 czerwca 2004 r., 23 czerwca 2004 r. i 23 sierpnia 2004 r.
- (11) We wrześniu i październiku 2004 r. odbyły się rozmowy między przedstawicielami BdB, kraju związkowego Hesja oraz banku Helaba dotyczące odpowiedniego wynagrodzenia za udostępniony kapitał. Nie osiągnięto porozumienia. W piśmie z dnia 28 września 2004 r. BdB ponownie zajęło stanowisko odnośnie do procedury. W jego następstwie

Komisja zwróciła się do Niemiec o ponowne zajęcie stanowiska, które przekazano w pismach z dnia 1 października 2004 r. oraz 6 października 2004 r.

II. DOKŁADNY OPIS POMOCY

1. BANK HELABA

- (12) Bank Krajów Związkowych Hesji i Turyngii/Centrała Żyrowa – *Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale* – (zwany dalej „bankiem Helaba”) mający siedzibę we Frankfurcie nad Menem i w Erfurcie z sumą bilansową koncernu w wysokości ok. 140 mld EUR (na dzień 31 grudnia 2003 r.) należy do dużych banków w Niemczech. Suma bilansowa banku wynosi ok. 130 mld EUR, co daje ponad 90 % sumy bilansowej koncernu. Bank jest publiczno-prawną instytucją kredytową i ma formę prawną instytucji prawa publicznego. Właścicielami i gwarantami banku od dnia 1 stycznia 2001 r. są: w 85 % Związek Kas Oszczędnościowych i Żyrowych Hesji i Turyngii (*Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen*), który do chwili wniesienia kapitału pod koniec 1998 r. był jedynym właścicielem i gwarantem banku, oraz kraj związkowy Hesja w 10 % i kraj związkowy Turyngia w 5 %. Sprawozdanie finansowe koncernu za rok 2003 wykazuje środki własne w wysokości 4,1 mld EUR. W dniu 31 grudnia 2003 r. wskaźnik kapitału podstawowego dla koncernu wynosił 7,8 %, a wskaźnik funduszy własnych 11,3 %.
- (13) W związku ze strukturą własnościową banku Helaba spełnia on zadania banku kraju związkowego Hesja oraz Wolnego Państwa Turyngia, a także banku centralnego kas oszczędnościowych tych krajów związkowych. Ponadto Helaba działa jako bank komercyjny, kierując się wymaganiami klientów i rynku, obsługując przede wszystkim duże przedsiębiorstwa, a także będąc partnerem klientów z sektora publicznego i wspierając finansowanie i realizację przedsięwzięć inwestycyjnych krajów związkowych oraz gmin. Poprzez udziały w instytucjach krajów związkowych powołanych do zadań wspierających, bank Helaba przyczynia się do realizacji celów gospodarczych i strukturalno-politycznych w Hesji i Turyngii.
- (14) W dniu 31 grudnia 2003 r. koncern Helaba zatrudniał 3 500 pracowników. Helaba ma swoje przedstawicielstwa w ważnych centrach finansowych na całym świecie. Oprócz dwóch głównych siedzib we Frankfurcie nad Menem i Erfurcie, bank posiada przedstawicielstwa międzynarodowe między innymi w Londynie, Nowym Jorku, Zurychu, Dublinie, Madrycie, Paryżu i Luksemburgu.

2. WNIESIENIE FUNDUSZU CELOWEGO „BUDOWNICTWO MIESZKANIOWE I INWESTYCJA W PRZYSZŁOŚĆ” JAKO CICHEGO UDZIAŁU DO BANKU HELABA

- (15) Ustawą z dnia 17 grudnia 1998 r. kraj związkowy Hesja utworzył fundusz celowy pod nazwą „Budownictwo

⁽⁵⁾ NordLB: Dz.U. C 81 z 4.4.2003, str. 2; BayernLB: Dz.U. C 81 z 4.4.2003, str. 13; HLB: Dz.U. C 81 z 4.4.2003, str. 24; Helaba: Dz.U. C 73 z 26.3.2003, str. 3 i LBKiel: Dz.U. C 76 z 28.3.2003, str. 2.

mieszkańciami i inwestycja w przyszłość” („*Wohnungswesen und Zukunftsinvestition*”). Upoważniła ona Ministerstwo Finansów Hesji do wniesienia całości lub części tego funduszu w postaci cichego udziału lub w innej formie dopuszczalnej w świetle przepisów o nadzorze bankowym jako udziału kapitałowego w zamian za wynagrodzenie na warunkach rynkowych, które powiększałyby fundusz celowy.

- (16) Fundusz celowy obejmuje wierzytelności kraju związkowego z tytułu kredytów przyznanych w latach 1948-1998 na wspieranie budowy mieszkań socjalnych. W dniu 31 grudnia 1998 r. wartość kredytu wynosiła 7,829 mld DEM (udział kraju związkowego wynosił 6,026 mld DEM). Jego wartość gotówkowa została obliczona przez dwóch niezależnych biegłych na 2,473 mld DEM (1,264 mld EUR). Na mocy umowy zawartej w grudniu 1998 r. między krajem związkowym Hesja i bankiem Helaba fundusz celowy został wniesiony do banku Helaba z dniem 31 grudnia 1998 r. jako cichy udział.
- (17) W wyniku przeszacowania przeprowadzonego przez biegłego zgodnie z postanowieniem umowy ustalono wartość funduszu wspierającego w dniu 31 grudnia 2003 r. na [...] (*) mln EUR. Wzrost wartości wynika z nadwyżki przychodów nad rozchodami z funduszu wspierającego od 1999 r. Jednak do czasu ostatecznego porozumienia z Federalnym Urzędem Nadzoru Usług Finansowych (zwanym dalej „BaFin”), uprzednio funkcjonującego jako Federalny Urząd Nadzoru Bankowości (zwany dalej „BAKred”), odnośnie do wyniku wyceny biegłego bank Helaba dysponował w dniu 31 grudnia 2003 r. tylko dotychczasową wartością referencyjną.
- (18) Zwiększenie płynności lub dochodów banku nie jest związane z wniesieniem funduszu celowego w postaci cichego udziału. Spłaty (odsetki i spłaty kapitału) pożyczek mieszkaniowych nie zasilają funduszy banku, ale wpływają do funduszu celowego i ponownie należy je wykorzystywać na cele wspierające.
- (19) Wniesienie funduszu celowego do banku Helaba należy postrzegać jako dążenie kraju związkowego do uporządkowania oraz wydajniejszego zarządzania swoimi instrumentami w zakresie wspierania i polityki strukturalnej.
- (20) Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy kraj związkowy rozważał najpierw ogłoszenie przetargu odnośnie do funduszu wspierającego budownictwo mieszkaniowe i jego sprzedaż bankom prywatnym w kilku transzach za wartość gotówkową. Podział funduszu celowego na transze byłby wprawdzie korzystny ze względu na to, że powiększyłaby się liczba możliwych partnerów bankowych kraju związkowego, ponieważ grono potencjalnych zainteresowanych majątkiem o wartości 2,5 mld DEM jest raczej wąskie. Przeciwnie temu rozwiązaniu przemawiało to, że fundusz celowy jest funduszem odnawialnym, refinansowanym ze spłat udzielonych pożyczek, i że w związku z tym stanowi jedną

całość. Okresowe ustalanie wartości transz podzielonych na poszczególne instytucje kredytowe łączyłoby się, zdaniem Niemiec, ze znacznymi kosztami. Ponadto zmniejszyłaby się elastyczność kraju związkowego w wyniku ewentualnych przesunięć punktów ciężkości w obrębie różnych celów wsparcia.

- (21) W związku z tym kraj związkowy zdecydował się nie dzielić funduszu wspierającego budownictwo mieszkaniowe, a spłaty przeznaczyć ponownie na cele wspierające budownictwo mieszkaniowe oraz rozwój gospodarczy, zorganizować zarządzanie funduszem możliwie wydajnie i po jak najmniejszych kosztach, a przez inne wykorzystanie zasobów funduszu generować dodatkowe przychody.
- (22) W ramach tych założeń politycznych bank Helaba zadeklarował, że przyjmie cały zasób wierzytelności o łącznej wartości 2,473 mld DEM (1,264 mld EUR) jako depozyt i będzie nim zarządzał. Za przeniesieniem do banku Helaba przemawiał również fakt, że już od 1953 r. zarządzał on prawnie niesamodzielnym obszarem działania, jakim są Krajowe Urzędy Powiernicze – *Landestreuhandstellen* (zwane dalej LTH) oraz zarządzał powierniczo programami wspierającymi. Zgodnie z umową państwową oraz statutem bank Helaba jest zobowiązany do uwzględnienia w swojej polityce handlowej ogólnych zasad gospodarczych. Te trzy czynniki przekonały kraj związkowy, że bank Helaba będzie jego najlepszym partnerem, który umożliwi realizację celów ustawy powołującej fundusz celowy.
- (23) Zgodnie z [...] w myśl § 10 ust. 4 niemieckiego prawa bankowego (*Kreditwesengesetz* – KWG) z dnia 30 grudnia 1998 r. kraj związkowy przeniósł fundusz celowy do banku w formie spółki wewnętrznej jako „cichy udział majątkowy”. To znaczy, że kraj związkowy zawiązał z bankiem Helaba cichą spółkę zgodnie z § 230 i nast. niemieckiego kodeksu handlowego (*Handelsgesetzbuch*), tzn. spółkę osobową, w której cichy udziałowiec uczestniczy kapitałowo w działalności handlowej innego przedsiębiorstwa w taki sposób, że wkład wchodzi w skład majątku przedsiębiorstwa prowadzącego działalność.
- (24) Zgodnie z [...] wkład został wniesiony, „aby służyć w banku stale jako obowiązkowy kapitał własny w formie kapitału podstawowego w rozumieniu przepisów § 10 ust. 2 i 2a zdanie 1 oraz ust. 4 KWG oraz z uwzględnieniem wymagań sformułowanych przez Bazylejski Komitet Nadzoru Bankowego (Bank Rozrachunków Międzynarodowych) dnia 27 października 1998 r.”.
- (25) Aby można było zaliczyć cichy udział do obowiązkowego kapitału własnego instytucji kredytowych zgodnie z § 10 ust. 4 KWG, musi on przede wszystkim uczestniczyć w pełnej wysokości w stracie, a w przypadku upadłości lub likwidacji instytucji jest zwracany dopiero po zaspokojeniu wszystkich wierzycieli. Ponieważ ustalono, że kraj związkowy Hesja nie może wypowiedzieć cichego udziału,

(*) Informacje poufne, również w dalszej części tekstu oznaczone [...].

zdaniem Niemiec nie stosuje się do niego granicy 15 % dotyczącej innowacyjnych instrumentów finansowych ustalonej przez Komitet Bazylejski, ale został on w pełnej wysokości uznany przez BAKred za obowiązkowy kapitał własny pierwszej kategorii (kapitał podstawowy).

- (26) Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy kraj związkowy nie skorzystał z możliwości wniesienia funduszu celowego na wspieranie budownictwa mieszkaniowego w formie kapitału zakładowego, zamiast w formie cichego udziału, ponieważ w tamtym okresie nie chciał angażować się jako bezpośredni udziałowiec i gwarant, nie było to również požądane przez ówczesnego jedyne go udziałowca, Związek Kas Oszczędnościowych i Zyrowych Hesji i Turynгии.
- (27) Przeniesienie majątku przez kraj związkowy Hesja do banku Helaba dokonane w roku 1998 nie ma związku czasowego z wcześniejszymi przeniesieniami funduszy wspierających do banków krajów związkowych w Niemczech, które również są przedmiotem skargi BdB oraz procedury dochodzenia wszczętej przez Komisję. Zdaniem Niemiec kraj związkowy Hesja w pewnej mierze niewątpliwie się na nich wzorował, nawet jeśli przy przeniesieniu majątku do banku Helaba skorzystano z instrumentów rynku kapitałowego i zasad nadzoru bankowego, które w międzyczasie znacznie się rozwinęły w kierunku większego zastosowania i akceptacji hybrydowych lub innowacyjnych instrumentów kapitału podstawowego, a które w pierwszej połowie lat 90-tych nie były jeszcze dostępne w Niemczech w tej formie lub w takim zakresie, lub nie były uznawane przez nadzór bankowy.
3. WYMAGANIA KAPITAŁOWE ZGODNIE Z DYREKTYWĄ W SPRAWIE FUNDUSZY WŁASNYCH ORAZ DYREKTYWĄ W SPRAWIE WSKAŹNIKA WYPŁACALNOŚCI
- (28) Zgodnie z dyrektywą Rady 89/647/EWG ⁽⁶⁾ (zwaną dalej „dyrektywą w sprawie wskaźnika wypłacalności”) oraz dyrektywą Rady 89/299/EWG ⁽⁷⁾ (zwaną dalej „dyrektywą w sprawie funduszy własnych”), na mocy których znowelizowano Prawo bankowe („KWG” – *Kreditwesengesetz*), banki powinny posiadać obowiązkowy kapitał w wysokości

8 % ich aktywów ważonych ryzykiem. Z tego przynajmniej 4 punkty procentowe muszą przypadać na tak zwany kapitał podstawowy (kapitał „pierwszej kategorii”), obejmujący składniki kapitałowe, którymi instytucja kredytowa może nieograniczenie dysponować i użyć ich bezpośrednio do pokrycia ryzyk i strat, jeżeli takie wystąpią. Kapitał podstawowy ma decydujące znaczenie dla wysokości łącznych środków własnych banku w rozumieniu przepisów o nadzorze bankowym, ponieważ kapitał uzupełniający (kapitał „drugiej kategorii”), przeznaczony na pokrycie ryzykownych operacji banku, nie może przekraczać wysokości kapitału podstawowego.

4. WPLYW WNIESIENIA KAPITAŁU NA WIELKOŚĆ KAPITAŁU PODSTAWOWEGO BANKU HELABA

- (29) Zakres operacji przeprowadzanych przez instytucje kredytowe zależy w dużej mierze od posiadanego kapitału własnego. Został on znacznie podwyższony w wyniku przeniesienia funduszu celowego na bank Helaba.
- (30) Z wartości cichego udziału ustalonej przez biegłego, ujętej w bilansie banku Helaba i uznanej za kapitał podstawowy przez nadzór bankowy w wysokości 2,473 mld DEM (1,264 mld EUR) bank Helaba może potencjalnie wykorzystywać do pokrycia działalności komercyjnej rocznie zmieniającą się kwotę 2,3 mld DEM (ok. 1,2 mld EUR). Pozostała część wkładu, zgodnie z informacjami Niemiec, przeznaczona jest na pokrycie należności funduszu celowego. Jednak kraj związkowy Hesja oraz bank Helaba w ww. umowie ustaliły rozwiązanie stopniowe, zgodnie z którym w latach od 1999 r. do 2002 r. bank Helaba może wykorzystać corocznie wzrastającą kwotę częściową kapitału podstawowego na pokrycie działalności komercyjnej, od której to części kapitału powinien zapłacić wynagrodzenie. Dopiero od roku 2003 kwota uznana przez BaFin może być w pełni wykorzystana na pokrycie działalności komercyjnej, jeżeli nie jest ona związana celowo na potrzeby działalności wspierającej. Dokładne kwoty, którymi dysponuje bank Helaba jako kapitałem podstawowym, i które może przeznaczyć na pokrycie lub które rzeczywiście pokrywają działalność komercyjną, zostały przedstawione w poniższej tabeli:

⁽⁶⁾ Dz.U. L 386 z 30.12.1989, zniesiona i zastąpiona przez dyrektywę 2000/12/WE, Dz.U. L 126 z 26.5.2000.

⁽⁷⁾ Dz.U. L 124 z 5.5.1989, zniesiona i zastąpiona przez dyrektywę 2000/12/WE.

Diagram: Wartość uznana przez nadzór bankowy oraz pokrycie lub możliwość pokrycia cichego udziału (w mln EUR; wartość na koniec roku = średnia wartość roczna) ⁽⁸⁾

	1999	2000	2001	2002	2003
Wartość nominalna w bilansie	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
Kapitał podstawowy uznany przez nadzór bankowy na pokrycie aktywów ryzykownych	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
Kapitał podstawowy pokrywający działalność wspierającą	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kapitał podstawowy, który może być wykorzystany na pokrycie działalności komercyjnej, ale nie jest wykorzystany ze względu na tzw. model stopniowy	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kapitał podstawowy, który zgodnie z tzw. modelem stopniowym może być wykorzystany na pokrycie lub który pokrywa działalność komercyjną	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

- (31) Do chwili ostatecznego porozumienia z BAFin w sprawie wyniku wyceny funduszu wspierającego przez biegłego w dniu 31 grudnia 2003 r. bank Helaba miał do dyspozycji wcześniejszą wartość referencyjną (do wykorzystania na działalność komercyjną) w wysokości [...] mln EUR.
- (32) Zgodnie z informacjami Niemiec w wyniku przeniesienia kapitału wzrósł zgłoszony do BAKred, obecnie BAFin, współczynnik kapitału podstawowego zgodnie z Umową Kapitałową Komitetu Bazylejskiego z 5,4 % (31 grudnia 1997 r.) do 9,3 % (31 grudnia 1998) oraz współczynnik funduszy własnych z 9,6 % (31 grudnia 1997 r.) do 13,1 % (31 grudnia 1998 r.). To znaczy, że zgłoszony współczynnik kapitału podstawowego oraz funduszy własnych wzrósł odpowiednio o około 72 % i 36 %.
- (33) Dzięki udostępnionym środkom wzrosła możliwość rozszerzenia działalności o aktywa ważone 100 %-tym ryzykiem przy założeniu mnożnika 12,5, który odpowiada współczynnikowi kapitału własnego w wysokości 8 %, o ok. 28 mld DEM (14 mld EUR). W rzeczywistości dzięki podniesieniu środków własnych o 2,3 mld DEM dopuszczalna wartość kredytów jest jednak dużo większa, ponieważ normalnie aktywa banku nie są obciążone 100 %-tym ryzykiem.
- (34) Ponieważ podwyższenie kapitału podstawowego banku Helaba umożliwiło również zwiększenie kapitału uzupełniającego, rzeczywisty potencjał kredytowy zwiększył się pośrednio jeszcze bardziej.

⁽⁸⁾ Uwagi Niemiec z dnia 23 czerwca 2004, str. 2-7.

- (35) Poniższa tabela prezentuje zestawienie zmian kapitału podstawowego banku Helaba w wielkościach absolutnych i względnych, z uwzględnieniem cichego udziału majątkowego kraju związkowego Hesja oraz innych cichych udziałów majątkowych od 1997 r., przy czym dane zostały podzielone na wielkości uznane przez nadzór bankowy i ustalone umownie modelem stopniowym.

Wykres: Wartości na koniec roku		1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
		mln €	mln €	mln €	mln €	mln €	mln €	mln €
Zgodnie z przepisami o nadzorze bankowym	Cichy udział kraju związkowego Hesja	-	1 023	1 264	1 264	1 264	1 264	1 264
	Inne ciche udziały	153	153	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Kapitał podstawowy	1 449	2 579	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Stosunek cichego udziału kraju związkowego Hesja w %	-	40 %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Stosunek innych cichych udziałów w %	11 %	6 %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Zgodnie z umownym planem stopniowym	Cichy udział kraju związkowego Hesja	-	-	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Inne ciche udziały	153	153	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Kapitał podstawowy	1 449	1 556	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Stosunek cichego udziału kraju związkowego Hesja w %	-	-	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Stosunek innych cichych udziałów w %	11 %	10 %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

5. WYNAGRODZENIE ZA PRZENIESIONE FUNDUSZE WŁASNE

- (36) Zgodnie z informacjami Niemiec bank Helaba płaci krajowemu związkowemu wynagrodzenie za cichy udział (tzw. prowizję gwarancyjną) w wysokości 1,4 % p.a. składające się z wynagrodzenia za funkcję gwarancyjną w wysokości 1,2 % p.a. oraz marżę w wysokości 0,2 % za bezterminowość wkładu oraz za jednostronne prawo banku do wypowiedzenia, do tego należy naliczyć podatek od działalności gospodarczej od tej części funduszu wspierającego, z której korzysta bank, co daje łącznie 1,66 %. Zgodnie z ustaleniami tzw. modelu stopniowego, wynagrodzenie w pierwszych czterech latach (1998-2002) płacone jest nie od wartości całego majątku, ale od uzgodnionych, corocznie zwiększających się transz (wartości referencyjne), które zgodnie z ustaleniami umowy o wniesieniu udziału mają

być wykorzystane do pokrycia działalności komercyjnej. Zgodnie z informacjami Niemiec wynagrodzenie opierające się na modelu stopniowym jest płatne niezależnie od tego, czy cichy udział będzie użyty do pokrycia działalności komercyjnej lub operacji w ramach zadań publicznych, a także od tego, czy wniesiony kapitał zostanie w ogóle użyty do osiągnięcia adekwatności kapitałowej.

6. PRZYCZYNY WSZCZĘCIA PROCEDURY

- (37) W decyzji o wszczęciu procedury z dnia 13 listopada 2002 r. Komisja wyraziła tymczasowe przekonanie, że wniesienie pożyczki wspierającej budownictwo mieszkaniowe przez kraj związkowy Hesja do banku Helaba jest prawdopodobnie nową pomocą państwa w rozumieniu artykułu 87 ust. 1 Traktatu WE, która została oceniona za niezgodną ze

wspólnym rynkiem, ponieważ nie można do niej zastosować odstępstw wymienionych w art. 87 ust. 2 i 3 Traktatu WE oraz art. 86 ust. 2 Traktatu WE.

- (38) Punktem wyjściowym badania Komisji jest zasada rynkowego działania inwestora. Zgodnie z nią mamy do czynienia ze sprzyjaniem przedsiębiorstwu przy użyciu zasobów państwowych, jeżeli udostępni mu się zasoby państwowe, których przedsiębiorstwo nie otrzymałoby na normalnych warunkach rynkowych.
- (39) W związku ze stopą długoterminowych bezpiecznych papierów wartościowych (dziesięcioletnie obligacje federalne) w wysokości 4 % na koniec 1998 r. Komisja wyraziła wątpliwość, czy uzgodnione wynagrodzenie można uznać za odpowiednie, w szczególności uwzględniając właściwą marżę za ryzyko. Z drugiej jednak strony Komisja przyznała, że przy ustalaniu wynagrodzenia na poziomie rynkowym trzeba uwzględnić brak płynności wniesionego kapitału. Pożyczki przeznaczone na cele wspierające wniesione w postaci cichego udziału należy przeznaczyć na publiczne cele wspierające, tak jak przed wniesieniem. W ten sposób bank Helaba nie może użyć przeniesionych środków bezpośrednio w swojej działalności. Jednakże dzięki zwiększeniu kapitału własnego wzrósł potencjał kredytowy banku Helaba (funkcja rozszerzenia działalności kapitału własnego). Bank może zwiększyć wartość transakcji w pełnym zakresie tylko, jeśli w pełnym zakresie może refinansować wartość dodatkowych kredytów na rynku kapitałowym. Zdaniem Komisji kraj związkowy nie może w związku z tym oczekiwać takiego samego zwrotu z kapitału jak inwestor wnoszący płynny kapitał, dlatego odpowiednie potrącenie jest uzasadnione. Jest jednak wątpliwe czy to uzasadnia odpis całości kosztów refinansowania brutto od wynagrodzenia na zasadach rynkowych za płynny cichy udział, uwzględniając możliwość odpisania kosztów refinansowania od podatku.
- (40) Komisja miała wątpliwości, czy wynagrodzenie podstawowe za cichy udział w wysokości 1,2 % p.a. mieści się w przedziale rynkowym za porównywalne transakcje, w szczególności dlatego, że wartość absolutna przewyższała zwyczajowe kwoty rynkowe. Ponadto Komisja wyraziła wątpliwość, czy dopłata w wysokości 0,2 % p.a. za długoterminowość wkładu odpowiada warunkom rynkowym, a także czy dodatkowy podatek od działalności gospodarczej w wysokości 0,26 % p.a., który w tym przypadku musi zapłacić bank Helaba, a którego nie musiałby płacić za przyjęcie cichego udziału od inwestora prowadzącego działalność komercyjną, może być uznany za kolejny składnik wynagrodzenia lub za właściwy do porównania rynkowego.
- (41) Oprócz tego Komisja wyraziła wątpliwość, czy inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi w porównywalnej sytuacji zgodziłby się ograniczyć wynagrodzenie w pierwszych latach do kwot częściowych. W tym kontekście należy ponadto sprawdzić, czy Bank Helaba odniósł korzyści z części cichego udziału, za który nie zapłacono wynagrodzenia, a w szczególności, czy poprawiła się jego wypłacalność, ponieważ cichy udział od początku ujęto w pełnej wysokości w bilansie i w związku z tym mógł być on przeznaczony na cele gwarancyjne.

III. UWAGI NIEMIEC

- (42) Niemcy wyjaśniły, że kraj związkowy Hesja w latach 1997/98 poszukiwał możliwości uzyskania dodatkowych przychodów ze swojego funduszu wspierającego budownictwo mieszkaniowe z zachowaniem jego przeznaczenia celowego poprzez ulokowanie go w jednej z instytucji kredytowych. Przy tym nie chciano dzielić funduszu. Na to zgodził się tylko bank Helaba. Udziałowcy banku Helaba nie zgodziliby się na nabycie przez kraj związkowy udziałów w kapitale zakładowym. W związku z tym jedynym instrumentem kapitału podstawowego był cichy udział.
- (43) Zdaniem Niemiec do banku Helaba nie można odnieść wniosków Komisji, które zostały postawione w stosunku do innych banków krajów związkowych, przede wszystkim bank Helaba przynosi zyski, a jego kapitał obowiązkowego nie można nazwać słabym, tak że ani utrzymanie dotychczasowego poziomu operacji, ani wygosparowanie środków na rozwój nie są zależne od przeniesienia majątku funduszu. Bank Helaba mógł otrzymać potrzebny kapitał od swoich udziałowców, od Związku Kas Oszczędnościowych i Żyrowych Turynii i Hesji, a także zdobyć go na rynku kapitałowym.
- (44) Po sformułowaniu przez Bazylejski Komitet Nadzoru Bankowego dnia 21 października 1998 r. w tak zwanej „Deklaracji z Sydney” nowych wytycznych dla międzynarodowych instytucji kredytowych odnośnie do zasad uznawania przez nadzór bankowy instrumentów kapitału podstawowego, kraj związkowy i bank opowiedziały się za przyjęciem środków na czas nieokreślony po to, aby sprostać nowym zasadom odnoszącym się do uznania za kapitał podstawowy po przekroczeniu granicy 15 %. Ponadto kraj związkowy zażądał zwiększenia wynagrodzenia w wysokości 0,20 % p.a. za bezterminowość wkładu oraz za jednostronne prawo banku do wypowiedzenia.
- (45) Zdaniem Niemiec w związku z ww. Deklaracją z Sydney Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego rozwinął się rynek zamienny dla cichych wkładów, który charakteryzuje się dużą dywersyfikacją inwestorów, a paleta inwestorów sięga od osób prywatnych do dużych inwestorów instytucjonalnych.
- (46) Cichy udział różni się zasadniczo od udziału w kapitale zakładowym lub akcyjnym. Cichy wspólnik nie posiada udziałów w przedsiębiorstwie, a jego uprawnienia kontrolne mają bardzo ograniczony zakres. Podczas gdy kapitał podstawowy uprawnia do otrzymania dywidendy po odprowadzeniu podatku, wypłata z zysku przypadająca na cichy udział jest kosztem operacyjnym, o który można pomniejszyć podatek. Zgodnie z niemieckimi przepisami o nadzorze bankowym ciche udziały już przed 1998 r. uznawano za kapitał podstawowy bez ograniczenia wartościowego, a zgodnie z międzynarodowymi przepisami o nadzorze bankowym bezterminowe ciche udziały uznawane są za kapitał podstawowy od „Deklaracji z Sydney” w październiku 1998 r. W latach 1998/99 instytucje kredytowe korzystały z cichych udziałów w coraz większym stopniu. Kwoty te kształtowały się na poziomie do 1 mld USD lub 1,2 mld DEM (ok. 0,6 mld EUR). Na początku lat 90-tych ciche udziały nie były

jeszcze tak powszechne, w latach 1998/99 jednak znaczenie tego instrumentu finansowania nie było już marginalne.

- (47) Uzgadniając konstrukcję prawną oraz wynagrodzenie, kraj związkowy wzorował się na porównywalnych transakcjach prywatnych instytucji kredytowych. Niemcy podały, że na przykład w 1998 r. bank SGB uzgodnił wynagrodzenie za gwarancję na poziomie wyższym o 1,2 % p.a., HypoVereinsbank Luxemburg wyższym o 1,6 % p.a., a w 1999 r. Dresdner Capital LLC wyższym o 1,65 %, HypoVereinsbank Luxemburg wyższym o 1,25 % p.a., a Deutsche Bank za tzw. obligacje bez określonego terminu zapadalności (*perpetuals*) wyższym o 1,15 % p.a. niż każdorazowo obowiązująca stopa referencyjna. Marże na wynagrodzenia za środki przyjęte od instytucji prywatnych zasadniczo mieściły się w przedziale między 0,80 % powyżej stawki LIBOR 12M⁽⁹⁾ i 2,15 % powyżej oprocentowania obligacji Stanów Zjednoczonych⁽¹⁰⁾. Ponadto kasy oszczędnościowe w Hesji i Turyngii z dniem 5 grudnia 1997 r. wniosły do banku Helaba cichy udział, przy czym ich wynagrodzenie wynosiło 1,2 % p.a. powyżej stopy referencyjnej.
- (48) Niemcy wyjaśniły również, że oprocentowanie zmienne odnosi się do stóp referencyjnych instrumentów rynku pieniężnego (Libor i Euribor), a oprocentowanie stałe do instrumentów rynku obligacji (obligacje państwowe o stałym oprocentowaniu, jak np. amerykańskie obligacje skarbowe i niemieckie obligacje federalne), natomiast stopy procentowe odnoszą się do rynku swapowego. Na międzybankowym rynku pieniężnym euro handluje się obligacjami zwyczajowo bez dodatkowych marż na bazie stawek Libor lub Euribor. Jeżeli dla cichych udziałów wybrano te stopy referencyjne, marże są identyczne z wynagrodzeniem za gwarancję dla cichych udziałów. Na rynku obligacji stosuje się zwyczajowo zysk z obligacji państwowych jako stopy referencyjne, a od końca lat dziewięćdziesiątych coraz częściej stosuje się stopę referencyjną *mid swaps* (=średnia stopa z przedziału pieniądza oraz papierów dłużnych na rynku swapowym). Nawet za pierwszorzędne obligacje bankowe banki musiałyby ze względu na wypłacalność i/lub płynność zapłacić różną, zmieniającą się w zależności od sytuacji na rynku, marżę naliczaną na stopę obligacji państwowych o takim samym czasie obowiązywania. Marża ta nazywana jest marżą za refinansowanie. Dlatego do obliczenia cichych udziałów instytucji kredytowych o stałym oprocentowaniu od marży na wynagrodzenie należy odjąć tę marżę za refinansowanie.
- (49) Jak podały Niemcy, marże za refinansowanie dla banków ze strefy euro (*senior bonds* – obligacje z prawem pierwszeństwa, indeks JP Morgan) w stosunku do stopy obligacji federalnych wzrosły w trakcie dwóch lat 1998 i 1999 z 20 do ponad 40 punktów bazowych. Na koniec 1998 r. wynosiły one prawie 40 punktów bazowych⁽¹¹⁾. W przeciwieństwie do tego, jeżeli wybrano stopę swapową („*mid swaps*”) jako stopę refinansowania, marża procentowa cichego udziału odpowiada raczej szczególnemu wynagrodzeniu za gwarancję cichego udziału, ponieważ marża procentowa stopy swapowej naliczana w stosunku do stopy obligacji federalnych rynkowo bardziej odpowiada marży procentowej „pokrytych” obligacji bankowych naliczanej w stosunku do obligacji federalnych i można ją zamienić na marżę procentową naliczaną w stosunku do stawki Euribor.
- (50) Kraj związkowy oraz bank prowadzili rozmowy na temat wkładu oraz wynagrodzenia z pozycji dwóch niezależnych od siebie parterów. Ostatecznie uzgodnione wynagrodzenie w wysokości 1,4 % p.a. (1,2 % p.a. oraz marża w wysokości 0,2 % za bezterminowość wkładu oraz za jednostronne prawo banku do wypowiedzenia) oparto na wymienionych przedziałach zawierających liczne, wtedy aktualne dane z rynku.
- (51) Odnośnie do marży za bezterminowość wkładu Niemcy wyjaśniły szczegółowo, że przy porównywalnych transakcjach stosuje się czas trwania od 10 do 12 lat, ale także 32 lata i nieograniczony. Marża w wysokości 0,2 % za bezterminowość wkładu odpowiada warunkom rynkowym, jeżeli weźmie się pod uwagę rating wypłacalności banku Helaba AAA/Aaa w przedmiotowym momencie, jakiego nie otrzymała żadna z porównywalnych instytucji kredytowych. Transakcje rynku kapitałowego przyjęte do porównania nie wykazywały ponadto zależności wysokości wynagrodzenia od kwoty otrzymanych środków, i to ani z punktu widzenia instytucji kredytowych (łączna wartość każdorazowej emisji), ani z punktu widzenia inwestorów (wartość każdorazowo subskrybowanej transzy).
- (52) Od wynagrodzenia w wysokości 1,4 % bank Helaba musi dodatkowo płacić podatek od działalności gospodarczej, którego nie płaci kraj związkowy Hesja, w związku z tym łączne obciążenie wynosi 1,66 % (przed opodatkowaniem). Zdaniem Niemiec, porównując wynagrodzenia, należy uwzględnić efekt podatku od działalności gospodarczej – w przypadku cichego wkładu banku Helaba - 0,26 % p.a. Firmy inwestujące w Niemczech płacą podatek od działalności gospodarczej od udziałów w zyskach z tytułu cichych udziałów. Kraj związkowy Hesja nie płaci jednak podatku od działalności gospodarczej. W przeciwieństwie do tego bank Helaba musi płacić podatek od działalności gospodarczej od cichych wkładów. Inwestor instytucjonalny działający zgodnie z zasadami rynkowymi zażądałby wyższego wynagrodzenia niż kraj związkowy, aby zrównoważyć obciążenie podatkiem od działalności gospodarczej. I odwrotnie, bank Helaba zapłaciłby takiemu inwestorowi marżę od wynagrodzenia, ponieważ nie stanowi to dla niego różnicy, czy zapłaci marżę w ramach wynagrodzenia inwestorowi czy podatek od działalności gospodarczej do urzędu skarbowego. Uwzględniając efekt podatku od działalności gospodarczej w wysokości 0,26 % p.a., obciążenie banku Helaba za cichy udział w związku z

⁽⁹⁾ Patrz uwagi Niemiec z dnia 9 kwietnia 2003 r., str. 25: zmienne oprocentowane transze cichego udziału przyjętego przez Deutsche Bank w styczniu 1998 r. o wartości ponad 700 mln USD na okres 10 lat.

⁽¹⁰⁾ Patrz uwagi Niemiec z dnia 9 kwietnia 2003 r., str. 25: transze cichego udziału przyjętego przez Dresdner Bank w maju 1999 r. o wartości ponad 1000 mln USD na okres 32 lat.

⁽¹¹⁾ Patrz wykres w załączniku 15 do uwag Niemiec z dnia 9 kwietnia 2003 r.

obowiązkowym wynagrodzeniem w wysokości 1,40 % p.a. wynosi łącznie 1,66 % i mieści się jednoznacznie w przedziale rynkowym, a wynika z ustaleń między bankiem Helaba a krajem związkowym Hesja.

- (53) Zdaniem Niemiec płacone wynagrodzenie stanowi dla banku Helaba koszt działalności, o który można pomniejszyć podatek. Przy obliczaniu wskaźnika wypłacalności zgodnie z przepisami nadzoru bankowego ciche udziały stanowią kapitał własny, podczas gdy prawo spółek oraz przepisy podatkowe traktują je jako kapitał obcy.
- (54) Ponadto na zaplanowany roczny wzrost bank potrzebował tylko [...] mln DEM kapitału własnego, a wartość funduszu wspierającego stanowiącego kapitał obowiązkowy z punktu widzenia przepisów nadzoru bankowego wynosiła ponad [...] mld DEM. Zdaniem Niemiec bank Helaba nie przyjąłby jednorazowo cichego udziału o wartości ok. 2,5 mld DEM, ponieważ kwota ta pokrywa jego zapotrzebowanie na środki własne na wiele lat; raczej skorzystałby on ponownie z rynku kapitałowego. Pomimo tych efektów obciążających bank Helaba nie uzgodniono zmniejszenia stawki wynagrodzenia w wysokości 1,4 %. Zamiast tego kraj związkowy oraz bank Helaba uzgodniły rozwiązanie przejściowe polegające na stopniowym wykorzystaniu i wynagrodzeniu za cichy udział (tzw. model stopniowy). Bank dążył przy tym do rozwiązania, w którym płaciłby za depozyt tylko odpowiednio do rozwoju założonego przez właścicieli w wysokości rzeczywistego pokrycia przez aktywa ryzykowne. To jednak było zbyt niekorzystne dla kraju związkowego Hesja i w związku z tym nie mogło być zaakceptowane. Po negocjacjach w celu znalezienia kompromisu dla przeciwstawnych interesów uzgodniono corocznie wzrastające transze, za które należy zapłacić wynagrodzenie (1999: [...] mln DEM, 2000: [...] mld DEM, 2001: [...] mld DEM, 2002: [...] mld DEM, 2003: [...] mld DEM lub górna granica wykorzystanego kapitału podstawowego). Ten tzw. model stopniowy przewidywał na pierwsze lata wyraźnie szybszy wzrost niż było to konieczne dla planowanego wzrostu banku. Zarząd wnioskował u rady nadzorczej o zgodę na dodatkowy kontyngent specjalny w wysokości [...] mln DEM na pokrycie obowiązkowego kapitału własnego, z którego przychodów będzie finansowane wynagrodzenie różnicy w interesie obsługi depozytu neutralnej dla wyniku. To pokazuje zdaniem Niemiec, że „przedotowanie” nie tylko nie przysparza dodatkowej korzyści dla banku, ale bez kontyngentu specjalnego wpływałoby negatywnie na dochody banku, ponieważ wynagrodzeniu za części stopniowo wzrastającej podstawy, która nie znajdowałaby pokrycia w dodatkowych transakcjach, nie odpowiadałyby żadne przychody.
- (55) W ten sposób powstałby corocznie wzrastający obowiązek zapłaty w wysokości do ok. 33 mln DEM od 2003 r. Oprócz wynagrodzenia za cichy udział bank ponosi też koszty refinansowania udzielonych kredytów.
- (56) Ponadto Niemcy przedstawiły swoje zdanie odnośnie do inwestora działającego zgodnie z zasadami rynkowymi. Prawo mówi, że inwestor sam określa, czy świadczenie oraz świadczenie zwrotne odpowiadają zasadom rynkowym. W związku z tym powstają wątpliwości, jeżeli Komisja w decyzji o wszczęciu procedury zaznacza, że chce zbadać z punktu widzenia otrzymującego, czy bank Helaba odniósł korzyść, której nie odniósłby przy zastosowaniu normalnych warunków rynkowych.
- (57) W związku z tym nie wydaje się właściwe, że niezależnie od tego, czy inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi zaakceptowałby stopniowo rosnącą podstawę wynagrodzenia, Komisja chce zbadać, czy bank Helaba odniósł inną korzyść (poprawa ogólnej wypłacalności) z części cichego udziału, za którą nie zapłacono wynagrodzenia. Nie można się wyłącznie powoływać na uprzywilejowane przedsiębiorstwo, zgodnie z nr 327 wyroku dotyczącego WestLB. Dodatkowa korzyść otrzymującego nie ma znaczenia, jeżeli inwestor działający na zasadach rynkowych nie zażądał za tę korzyść dodatkowego wynagrodzenia, i to bez względu na jego motywację. Żadna instytucja kredytowa nie zgodziłaby się zapłacić wynagrodzenia od razu za całą kwotę, jeżeli na rozwój swojej działalności mogłaby spożytkować tylko powoli wzrastające kwoty częściowe, a dla pozostałej nadwyżki nie miałyby przeznaczenia. Pomimo znacznej wartości funduszu wspierającego budownictwo mieszkaniowe kraj związkowy Hesja chciał ulokować go w całości w jednej instytucji kredytowej. W takim przypadku prywatny inwestor nie wymagałby wynagrodzenia od całego depozytu od razu, chyba że znalazłby instytucję kredytową, która koniecznie potrzebowałaby dokapitalizowania w takiej wysokości w związku z ekspansywnym rozwojem swojej działalności lub w celu wyrównania znacznych strat. W tym przypadku tak nie było. Bank Helaba nie odniósł żadnej korzyści z tej części cichego udziału, z którego w pierwszych latach nie mógł wcale skorzystać zgodnie z przepisami nadzoru bankowego oraz z wolą jego właścicieli.
- (58) W związku z modelem stopniowym uzgodnionym z krajem związkowym Hesja bank Helaba wykorzystał na rozwój swojej działalności tylko transzę o wartości ok. [...] mln DEM rocznie plus wymieniony kontyngent specjalny w wysokości [...] mln DEM. Model stopniowy odpowiada ekonomicznie wielu rozłożonym w czasie, następującym po sobie, przyjętym cichym udziałom. Kwoty otrzymane od prywatnych instytucji kredytowych można by porównać z kwotami poszczególnych transz. I już dlatego można mówić o wielkościach zgodnych z rynkowymi. Kraj związkowy nie mógł żądać marży na wynagrodzenie za przyjęcie całego funduszu celowego, do czego był skłonny tylko bank Helaba, ale po negocjacjach musiał raczej zaakceptować wynagrodzenie za stopniowo wzrastające części tego depozytu.

- (59) Wynagrodzenia za depozyt w postaci prowizji za awal słusznie nie płaci się za jego dodatkową funkcję gwarancyjną, skoro zgodnie z przepisami nadzoru bankowego bank nie mógł z niego skorzystać w celu rozszerzenia swojej działalności. Z ekonomicznego punktu widzenia nie byłoby rozsądne, aby instytucja kredytowa otrzymująca najwyższe oceny wypłacalności od wszystkich agencji ratingowych musiała płacić wynagrodzenie za funkcję gwarancyjną dodatkowo przyjętych środków. Nie poprawiły się warunki, na których bank może pozyskiwać kapitał obcy, w związku z tym nie odniósł on korzyści, którą można wyrazić w pieniądzu. Ponieważ wniesienie do banku niepodzielonego kapitału leżało w interesie inwestora, nie zdołałby on wynegocjować wynagrodzenia za funkcję gwarancyjną.
- (60) Wątpliwości wyrażone przez Komisję w decyzji o wszczęciu procedury, a dotyczące braku płynności kapitału wynikały częściowo z metodyki decyzji w sprawie WestLB, której jednak nie można zastosować w tym przypadku ze względu na duże różnice obydwu spraw. Zdaniem Niemiec w omawianym przypadku od wynagrodzenia za porównywalne, ale posiadające płynność, ciche udziały należy odjąć koszty refinansowania brutto, a nie tylko netto. Ponieważ także prywatne instytucje kredytowe mogą zaliczyć do kosztów działalności wynagrodzenie zapłacone za możliwość zaliczenia przyjętych cichych udziałów do środków płynnych. Gdyby w przypadku banku Helaba od fikcyjnego wynagrodzenia za cichy udział odjęto tylko koszty refinansowania netto, należałoby tak samo postąpić z wynagrodzeniem za ciche udziały rzeczywiście zapłaconym przez prywatne instytucje kredytowe. W innym przypadku porównanie nie byłoby prawdziwe.

IV. UWAGI ZAINTERESOWANYCH STRON

1. UWAGI GŁÓWNEGO SKARŻĄCEGO – FEDERALNEGO ZRZESZENIA NIEMIECKICH BANKÓW (BDB)

- (61) Zdaniem BdB bank Helaba nie zapłacił odpowiedniego wynagrodzenia za wniesiony kapitał i otrzymał w związku z tym pomoc państwa.
- (62) W swoich uwagach z dnia 29 lipca 2003 r. odnoszących się do procedury wszczętej dnia 13 listopada 2002 r. w stosunku do banków krajów związkowych BdB wyraził przekonanie, że odpowiednie wynagrodzenie należy obliczyć według metodyki, którą Komisja przyjęła w decyzji dotyczącej WestLB.
- (63) W związku z tym po pierwsze należy porównać udostępniony kapitał z innymi instrumentami kapitału własnego. Po drugie należy obliczyć minimalne wynagrodzenie, którego oczekiwałby inwestor za konkretną inwestycję w kapitał własny banku kraju związkowego. Ostatecznie należy obliczyć zwwyżki i potrącenia w związku ze szczególnym charakterem przeniesionych środków.

1.1. PORÓWNANIE Z INNYMI INSTRUMENTAMI KAPITAŁU WŁASNEGO

- (64) BdB twierdzi, że prawie wszystkie banki krajów związkowych potrzebowały od roku 1992 nowego kapitału podstawowego po to, aby sprostać zaostrożnym wymaganiom w związku z nową dyrektywą w sprawie współczynnika wypłacalności. Bez podniesienia kapitałów banki krajów związkowych musiałyby ograniczyć swoją działalność. Zdaniem BdB należy z tego wyciągnąć wniosek, że wniesiony kapitał można porównać tylko z takimi instrumentami kapitału własnego, które w roku wniesienia były uznawane i dostępne jako kapitał podstawowy (kapitał „pierwszej kategorii”). Z tego powodu z porównania należy wyłączyć od początku akcje uprzywilejowane, które nie dają prawa głosu, papiery wartościowe uprawniające do udziału w zysku i akcje uprzywilejowane bez określonego terminu zapadalności. Te trzy instrumenty kapitału własnego nie są w Niemczech uznawane za kapitał podstawowy, ale tylko za kapitał uzupełniający (kapitał „drugiej kategorii”).
- (65) W czasie, kiedy nastąpiło wniesienie kapitału za kapitał podstawowy uznawano w Niemczech tylko kapitał zakładowy oraz ciche udziały. Zdaniem BdB w przypadku tej konkretnej inwestycji bank Helaba mógł skorzystać tylko z formy prawnej kapitału akcyjnego lub zakładowego. BdB nie kwestionuje przy tym rzeczywistego uznania przez wymienione urzędy. Argumentuje raczej, że takie uznanie nie powinno mieć w ogóle miejsca, ponieważ tego konkretnego cichego udziału kraju związkowego Hesja z ekonomicznego i prawnego punktu widzenia nie można porównać z „normalnymi” cichymi udziałami, ale raczej z kapitałem akcyjnym/zakładowym. Skoro już jednak takie uznanie rzeczywiście miało miejsce, przynajmniej wynagrodzenie za cichy udział dla kraju związkowego Hesja musi bazować na kapitale akcyjnym/zakładowym, ponieważ takiego wynagrodzenia zażądałby inwestor działający na zasadach rynkowych w związku z analogią do kapitału zakładowego oraz z daną konkretną strukturą ryzyka.
- (66) BdB analizuje na podstawie całego katalogu kryteriów, dlaczego jego zdaniem cichy udział kraju związkowego Hesja z ekonomicznego i prawnego punktu widzenia jest porównywalny z kapitałem zakładowym, a nie z funkcjonującymi na rynku cichymi udziałami.
- (67) BdB przytacza argument, że „normalne” ciche udziały są ograniczone terminowo lub, że można je wypowiedzieć, a zgodnie z zasadami Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego nie mogą one przekraczać 15 % kapitału podstawowego, podczas gdy cichy udział kraju związkowego Hesja, podobnie jak kapitał zakładowy, jest terminowo nieograniczony i dopuszcza przekroczenie granicy 15 %. Z ustalonej podrzędności wniesionego kapitału nie można wywnioskować zmniejszonego ryzyka dla inwestora, ponieważ wniesiony kapitał stanowi znaczną część łącznego kapitału podstawowego, chwilami nawet ponad 50 %. W związku z tym prawdopodobieństwo, że wniesiony kapitał zostanie wykorzystany w przypadku

straty, jest zdecydowanie wyższe, a za to należy zapłacić wyższą premię za ryzyko. BdB przekonywało również, że z punktu widzenia przepisów o nadzorze bankowym ciche udziały uznawane są tylko za kapitał uzupełniający, a od wejścia w życie „Deklaracji z Sydney” Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego w roku 1998 mogą wynosić tylko 15 % wymaganego współczynnika kapitału podstawowego. W ten sposób nie można przyjmować cichych udziałów o dużej wartości, która przekracza tę granicę. Wreszcie tzw. perpetuals – bezterminowe obligacje Deutsche Bank, które wymieniły Niemcy, nie mogą stanowić skali porównawczej dla odpowiedniego wynagrodzenia, ponieważ do wszystkich odnosiła się granica 15 %, i w związku z tym nie przedstawiały one żadnej alternatywy dla banku Helaba pod koniec 1998 r.

(68) Do tego dochodzi jeszcze fakt, że kraj związkowy udostępnił swój wkład bankowi Helaba bez prawa do wypowiedzenia, tzn. bezterminowo. Wprawdzie akcjonariusz również nie ma możliwości „wypowiedzenia” swojego kapitału akcyjnego, jednak może on swobodnie

zdecydować o sprzedaży akcji i wyborze innej inwestycji. Niezależnie od formy prawnej, takie przeniesienie nie jest możliwe choćby dlatego, że rynek dla inwestycji kapitałowej o takiej wartości i o nieograniczonym czasie trwania praktycznie nie istnieje. W przeciwieństwie do tego prywatni inwestorzy zachowują sobie możliwość wycofania kapitału, jeżeli wyniki są słabe, aby z korzyścią zainwestować go gdzie indziej. Jeżeli prywatny inwestor zdecydowałby się w ogóle na bezterminowe ulokowanie kapitału ryzykownego, oczekiwałby na pewno odpowiednio wysokiego zysku z tego kapitału.

(69) Dlatego wybrana forma wniesienia kapitału jest normalną inwestycją w kapitał zakładowy, od której inwestor działający na zasadach rynkowych oczekiwałby odpowiedniego zysku z kapitału. Przede wszystkim wynagrodzenie za brak ograniczenia terminowego samą tylko marżą na podstawowy zysk z kapitału dla cichego udziału (ograniczonego terminowo) obliczony w wyniku takiego porównania jest niewystarczające.

(70) Dwie poniższe tabele pokazują najważniejsze różnice między „cichym udziałem” banku Helaba a innymi formami kapitału własnego, które były dostępne w chwili przeprowadzania inwestycji:

	„Cichy udział” banku Helaba	Kapitał zakładowy	Cichy udział	Akcje uprzywilejowane	Papiery wartościowe uprawniające do udziału w zysku	Akcje uprzywilejowane
Dostępność na rynku niemieckim w 1998 r.	tak	tak	tak	tak	tak	tak
Jakość kapitału według nadzoru bankowego	kapitał podstawowy	kapitał podstawowy	kapitał podstawowy pod pewnymi warunkami, granica 15 %	kapitał uzupełniający	kapitał uzupełniający pod pewnymi warunkami	kapitał uzupełniający lub kapitał podstawowy, granica 15 %

	Kapitał zakładowy	„Cichy udział” banku Helaba	Cichy udział
Duża wartość	tak	tak	nie
Brak ograniczenia terminowego	tak	tak	nie
Inwestor nie ma prawa do wypowiedzenia	tak	tak	tak
Udział w stratach bieżących	tak	tak	tak
W przypadku upadłości zwrot po wierzycielach	tak	tak nie ma wewnętrznej odpowiedzialności w drugiej kolejności po kapitale zakładowym	tak zwrot przed kapitałem zakładowym

	Kapitał zakładowy	„Cichy udział” banku Helaba	Cichy udział
Udział w zysku	tak	tak	tak
Bez dopłaty, jeżeli wynagrodzenie nie zostało wypłacone w określonym terminie	tak	tak	nie, możliwość kumulowania płatności

1.2. ZWOLNIENIA PODATKOWE

- (71) BdB wyraziło wątpliwość, czy można zaliczyć w koszty działalności udział w zysku kraju związkowego Hesja. Należy przypuszczać, że kraj związkowy Hesja przejmuje znaczne ryzyko ekonomiczne w związku z cichym udziałem. Przemawia za tym, oprócz wysokiego zaangażowania kapitałowego, także brak możliwości wypowiedzenia udziału. To ryzyko ekonomiczne było uzasadnione prawami wspólnika w spółce osobowej (tzw. nietypowa cicha spółka), kwalifikacja podatkowa cichego udziału jako kapitału własnego wspólnika w spółce osobowej oraz brak możliwości zaliczenia udziału cichego wspólnika w koszty działalności banku Helaba.

1.3. MINIMALNE WYNAGRODZENIE ZA INWESTYJCJĘ W KAPITAŁ ZAKŁADOWY BANKU KRAJU ZWIĄZKOWEGO

- (72) BdB twierdzi, że wszystkie metody obliczenia odpowiedniego wynagrodzenia (zysku z kapitału) za udostępniony kapitał własny należy oprzeć na zysku z bezpiecznej inwestycji, a następnie dodać premię za ryzyko. Metody te opierają się na następującej podstawowej zasadzie:

oczekiwany zysk z kapitału inwestycji obciążonej ryzykiem
 = zysk z bezpiecznej inwestycji + premia za ryzyko
 inwestycji

- (73) Do obliczenia zysku z bezpiecznej inwestycji BdB uwzględniła zyski z długoterminowych obligacji państwowych, ponieważ inwestycje w papiery wartościowe o stałym oprocentowaniu emitowane przez państwo są obciążone najniższym ryzykiem lub nie są obciążone żadnym ryzykiem⁽¹²⁾.

- (74) W celu obliczenia premii za ryzyko BdB oblicza najpierw tzw. premię za ryzyko rynkowe, tzn. różnicę między średnim zyskiem z długoterminowej inwestycji w akcje a zyskiem z długoterminowej inwestycji w obligacje państwowe. Opierając się na analizie Stehle-Hartmond (1991 r.), BdB przyjmuje dla niemieckiego rynku akcji jednolitą

⁽¹²⁾ Aby wykluczyć efekty inflacyjne, dla każdego okresu wniesienia obliczono stopę zysku dla długoterminowych obligacji państwowych najpierw bez uwzględnienia prognoz inflacyjnych. W celu obliczenia stopy podstawowej długoterminowych bezpiecznych papierów wartościowych, do „realnej stopy podstawowej” w przedmiotowym momencie dodano prognozowaną średnią, długoterminową stopę inflacyjną w wysokości 3,60 %.

premię za długoterminowe ryzyko rynkowe w wysokości 4,6 %.

- (75) Następnie BdB określa wartość beta banków krajów związkowych, tzn. indywidualną premię za ryzyko banków, która służy do dopasowania ogólnej premii za ryzyko rynkowe. BdB oblicza przy tym wartości beta na podstawie własnych danych statystycznych, co oznacza, że wartości beta wyliczane są na podstawie próbki losowej danych historycznych. BdB otrzymało wynik, zgodnie z którym wszystkie wartości beta dla wszystkich banków krajów związkowych w uwzględnionych okresach są większe niż jeden⁽¹³⁾.

- (76) Zgodnie z obliczeniami BdB minimalne wynagrodzenie za inwestycję w kapitał zakładowy banku Helaba w chwili wniesienia majątku funduszu w dniu 31 grudnia 1998 r. powinno wynosić 11,66 % p.a.

1.4. DOPLATY I POTRĄCENIA ZWIĄZANE ZE SZCZEGÓLNYM CHARAKTEREM TRANSAKCJI

- (77) BdB stwierdza, że Sąd Pierwszej Instancji potwierdził stopę w wysokości 4,2 %, którą Komisja w decyzji WestLB odjęła od minimalnego wynagrodzenia w wysokości 12 % w związku z brakiem płynności majątku Wfa. W związku z tym nie ma powodu, aby w omawianym przypadku zrezygnować z tej metody; także tutaj konieczne jest potrącenie w związku z brakiem płynności. Wysokość potrącenia za brak płynności, zgodnie z metodyką w przypadku WestLB, wynika z kosztów refinansowania netto (koszty refinansowania brutto minus odpowiedni podatek płacony przez przedsiębiorstwa).

- (78) Potrącenie za brak płynności należy obliczyć dla banku Helaba, opierając się na stopie refinansowania brutto w wysokości 6,57 % p.a. (odpowiednio do stopy bazowej długoterminowych, bezpiecznych papierów wartościowych w chwili wniesienia kapitału w 1998 r.), do której odnosi się każdorazowo obowiązująca łączna stopa podatkowa, aby otrzymać stopę refinansowania netto.

⁽¹³⁾ BdB załącza do porównania również teoretyczne wartości beta zgodnie z modelem wyceny aktywów kapitałowych (CAPM), które, jak stwierdza, nie różnią się praktycznie od ustalonych empirycznie.

(79) Zdaniem BdB trzy aspekty mają wpływ na przeniesienie majątku i zwiększają ryzyko w porównaniu z „normalną inwestycją w kapitał zakładowy”: częściowo znaczna wartość transferowanego majątku, brak emisji nowych udziałów w spółce i związana z tym rezygnacja z dodatkowych głosów, a także brak zamienności inwestycji, tzn. niemożność wycofania zainwestowanego kapitału z przedsiębiorstwa w wybranym przez inwestora momencie. Zgodnie z metodyką zastosowaną w przypadku WestLB BdB uważa, że dopłata w wysokości co najmniej 1,5 % p.a. jest uzasadniona.

1.5. BAZA KAPITAŁOWA I SKŁADNIKI WYNAGRODZENIA

(80) BdB wysuwa na początku twierdzenie, że obliczając odpowiednie wynagrodzenie w przypadku banku Helaba, za podstawę należy przyjąć łączną kwotę uznaną za kapitał podstawowy dla pokrycia działalności komercyjnej, a nie tylko tę część, która jest lub zostanie wykorzystana. Uzasadnia to tym, że inwestor działający na zasadach rynkowych nie zaakceptowałby zmniejszenia wynagrodzenia do rzeczywiście wykorzystanej części. Dla prywatnego inwestora, który ponosi ryzyko utraty depozytu, nie ma znaczenia, czy instytucja kredytowa rzeczywiście wykorzysta wniesiony kapitał na rozszerzenie swojej działalności. Większe znaczenie ma dla niego fakt, że sam nie mógł pomnażać wniesionej kwoty i uzyskiwać z niej odpowiedniego zysku.

(81) Obliczenie wynagrodzenia w latach 1998 r. do 2002 r., którego podstawą były corocznie zwiększające się transze, nie zmniejsza wynagrodzenia z racji braku „podzielenia” wniesionego kapitału; takiego obliczenia nie usprawiedliwia też fakt, że wniesienie kapitału do banku Helaba w całości spowodowałoby duże obciążenie. Nawet jeżeli wniesienie kapitału nie było konieczne do wypełnienia kryteriów wypłacalności, to jednak przyczyniło się do zdecydowanego wzrostu kapitałów podstawowych banku Helaba i umożliwiło zdecydowane rozszerzenie działalności komercyjnej. W związku z uznaniem wniesionego kapitału za obowiązkowy kapitał własny inwestor działający na zasadach rynkowych zażądałby wynagrodzenia od całej kwoty, bez żadnych ograniczeń.

(82) Od tej części wniesionego kapitału podstawowego, która nie może być wykorzystana na pokrycie działalności komercyjnej, należy zapłacić prowizję gwarancyjną w wysokości 0,3 % p.a., którą Komisja przyjęła w decyzji WestLB, a którą obliczyła w drodze porównania kwoty kapitału z gwarancją.

(83) Składnikami wynagrodzenia mogą być tylko tzw. „prowizja gwarancyjna” oraz „dopłata za bezterminowość”. Podatek od działalności gospodarczej odprowadzany w dużej mierze nie do kraju związkowego, ale do gminy, nie jest składnikiem wynagrodzenia. Jest to obciążenie ustawowe, niezależne od intencji stron.

(84) Wreszcie zysk z kapitału nie jest wypłacany krajowi związkowemu Hesja, ale – po odprowadzeniu podatku od dochodów z kapitału – „jako wartość netto przekazywany

do funduszu celowego”. Ponieważ bank Helaba jest (jedynym) właścicielem funduszu celowego, w ostatecznym rozrachunku płaci sam sobie. Prywatny inwestor nie zaakceptowałby takiego rozwiązania za swoją inwestycję.

2. UWAGI KRAJU ZWIĄZKOWEGO NADRENIA PÓŁNOCNA-WESTFALIA I BANKU WESTLB

(85) W uwagach Niemiec przekazanych dnia 30 października 2003 r. odnośnie do decyzji Komisji z dnia 13 listopada 2002 r. o wszczęciu procedury kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia i bank WestLB zakwestionowały porównanie majątków wniesionych do banków krajowych z kapitałem zakładowym. Tym bardziej, że ciche udziały oraz obligacje bezterminowe (perpetuals) uznano w Niemczech za kapitał podstawowy już w 1991 r. Ponadto wynagrodzenie nie zależy od przepisów o nadzorze bankowym, ale od profilu ryzyka danej inwestycji. Ponieważ wniesione majątki służyły do pokrycia strat w drugiej kolejności, strukturę ryzyka można porównać raczej z cichymi udziałami lub z obligacjami bezterminowymi niż z inwestycjami w kapitał zakładowy.

(86) Z punktu widzenia przypadku WestLB nie można nic zarzucić metodzie CAPM zastosowanej do obliczenia minimalnego wynagrodzenia za inwestycję w kapitał zakładowy. Jednak wartości beta wyliczone przez BdB znacznie wyższe niż 1 są niewłaściwe. Współczynnik beta większy niż 1 oznacza, że akcje przedsiębiorstwa wiążą się z wyższym ryzykiem niż średnia całego rynku. Jednak w związku z istniejącymi wtedy poręczeniami państwowymi Anstaltslast i Gewährträgerhaftung ryzyko inwestycji w bank kraju związkowego było wyraźnie niższe niż ogólne ryzyko rynkowe.

(87) Ponadto w tym specjalnym przypadku banków krajów związkowych nie należy koncentrować się na zysku z kapitału w momencie wniesienia majątku funduszu do banków krajów związkowych. Wprawdzie prywatni inwestorzy stosują ten parametr do badania opłacalności inwestycji. W tym przypadku oznaczałoby to, że należy oprzeć się na zysku z kapitału oczekiwanym w roku 1991. Nie ma to jednak żadnego związku z ekonomiczną rzeczywistością, aby w 2003 r. inwestor otrzymał zysk z kapitału w wysokości za rok 1991, który przekraczałby znacznie rzeczywiście otrzymany zysk z kapitału. Schematycznie, permanentnie stosowana stopa zysku w wysokości ok. 12 % jest przyczyną niesprawiedliwego, gorszego traktowania banków krajów związkowych w porównaniu z ich prywatnymi konkurentami.

(88) W odniesieniu do potrącenia za brak płynności wnoszonego majątku bank WestLB i kraj związkowy Północna Nadrenia-Westfalia są zdania, że od podstawowej stopy zysku z kapitału należy odjąć pełną stopę bezpiecznych obligacji państwowych. Wniesienie majątków do banków krajów związkowych nie wiązało się dla nich z dodatkową płynnością. Pomniejszenie tej stawki o zaoszczędzony podatek nie ma ekonomicznego uzasadnienia, ponieważ ceny instrumentów rynku kapitałowego nie zależą od

aktualnie obowiązujących podatków. W przeciwnym razie ceny instrumentów rynku kapitałowego zmieniałyby się w zależności od zmian podatków.

- (89) Wreszcie ryzyko, i co za tym idzie wynagrodzenie, należy pomniejszyć, ponieważ majątki nie posiadają płynności, a więc nie są również obciążone ryzykiem jej utraty. W związku z tym należy uwzględnić odpowiednie potrącenie. Potrącenie konieczne jest jeszcze ze względu na tzw. efekt właściciela, ponieważ inwestor posiadający już udziały w przedsiębiorstwie zupełnie inaczej ocenia dodatkową inwestycję niż nowy inwestor.

V. REAKCJA NIEMIEC NA UWAGI BdB

- (90) Zdaniem Niemiec, BdB nie uda się ani udowodnić, że cichy udział jest inwestycją w kapitał zakładowy, ani wzbudzić wątpliwości, czy uzgodnione wynagrodzenie płacone krajowi związkowemu Hesja jest odpowiednie. W związku z tym nie można mówić o istnieniu pomocy.
- (91) Próba obliczenia podstawy wynagrodzenia okreśną drogą poprzez wynagrodzenie za fikcyjną inwestycję w kapitał zakładowy jest nieuzasadniona. Kraj związkowy Hesja od początku wniósł swój fundusz wspierający budownictwo mieszkaniowe do banku w formie cichego udziału. Przy tym chodzi tutaj o instrument finansowania przewidziany w prawie spółek, podatkowym oraz nadzoru bankowego, różniący się zasadniczo od inwestycji w kapitał zakładowy, którą to formą kraj związkowy nie był zainteresowany, a właściciele banku w ogóle nie chcieli z niej korzystać.
- (92) BdB nie uwzględniło z jednej strony istotnych czynników różniących kapitał zakładowy od cichego udziału, a z drugiej powoływało się na różnice między „normalnymi” cichymi udziałami a cichym udziałem kraju związkowego Hesja, które w rzeczywistości nie istnieją.
- (93) BdB argumentuje, że ciche udziały mają ograniczony czas trwania lub można je wypowiedzieć, to znaczy, że zgodnie z zasadami Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego uznawane są one za kapitał podstawowy tylko do wysokości 15 % łącznego kapitału podstawowego instytucji kredytowej. Ponieważ cichy udział kraju związkowego Hesja został udostępniony bankowi Helaba bezterminowo i nie podlega granicy 15 %, nie jest „normalnym” cichym udziałem, lecz funkcjonalnie należy go postrzegać jako kapitał zakładowy, w związku z tym przy obliczaniu wynagrodzenia nie należy opierać się na innych cichych udziałach lub na pozostałych innowacyjnych instrumentach kapitałowych, ale na inwestycjach w kapitał podstawowy.
- (94) Ten podstawowy argument BdB jest niewłaściwy z kilku powodów. Określony czas trwania lub możliwość wypowiedzenia nie są koniecznymi i nieodzownymi cechami cichych udziałów ani z punktu widzenia prawa spółek, ani przepisów o nadzorze bankowym. I odwrotnie, jeżeli zachodzi taka potrzeba, kapitał zakładowy nie musi mieć nieograniczonego terminu bez możliwości wypowiedzenia. Zgodnie z niemieckim prawem spółek wszystkie spółki, niezależnie od ich formy prawnej, mogą mieć ograniczony czas trwania, a wniesione wkłady mogą być wypowiedziane, co nie przeszkadza w uznaniu ich za kapitał podstawowy zgodnie z niemieckimi przepisami o nadzorze bankowym.
- (95) BdB przemilczało ponadto, że 15 % granica uznania za kapitał podstawowy zgodnie z międzynarodowymi przepisami o nadzorze oraz „Deklaracją z Sydney” Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego oraz zgodnie z obowiązującą na jej podstawie praktyką niemieckiego urzędu ds. nadzoru bankowego nie obowiązuje w stosunku do bezterminowych instrumentów kapitałowych, które mogą być wypowiedziane tylko z inicjatywy emitenta (a nie przez inwestora). Ponadto praktyka niemieckiego urzędu ds. nadzoru bankowego zakłada, że również wkład na okres przynajmniej 30 lat, wyraźnie wykluczający możliwość wypowiedzenia przez inwestora jest „bezterminowy” i w związku z tym nie dotyczy go granica 15 %. Również to pokazuje, że różnica między terminowymi i bezterminowymi wkładami nie jest w takim stopniu decydująca, jak przedstawia to BdB. To nie powoduje czy też nie uzasadnia – w odniesieniu do odpowiedniego wynagrodzenia – zmiany kwalifikacji cichych udziałów na kapitał zakładowy.
- (96) Kilka miesięcy po transakcji banku Helaba Deutsche Bank pozyskał na rynku kapitałowym „wieczny” wkład, w postaci obligacji bez określonego terminu zapadalności (tzw. „wiecznych obligacji”). W przeciwieństwie do twierdzenia BdB, a zgodnie z przedłożoną, miarodajną informacją prasową do tego wkładu nie stosuje się granicy 15 %, ponieważ nie ustalono podwyżki stopy procentowej w przypadku nieskorzystania przez bank z prawa do wypowiedzenia (brak klauzuli „step up”). Obligacje Deutsche Bank bez określonego terminu zapadalności nie mają w żadnym razie charakteru wyjątkowego, ponieważ po tym czasie liczne inne instytucje kredytowe pozyskały na rynku „wieczne” wkłady; Niemcy przytoczyły odpowiednie przykłady. Ani jedna emisja, której wartość przy dużym popycie wynosiła od 150 mln EUR do ponad 2 mld EUR była chociaż w przybliżeniu tak zyskowna, jak kapitał zakładowy; wynagrodzenie zawiera się w przedziale od 110 do 290 punktów bazowych ponad mid-swaps. Już w roku 1999 w odniesieniu do wynagrodzenia rynek nie przywiązywał decydującej wagi ani do rozróżniania między terminowymi lub bezterminowymi instrumentami kapitałowymi, ani do tego, czy granica 15 % odnosi się do przychodów z emisji.
- (97) Również kryteria potraktowane wybiórczo przez BdB, które z jednej strony miały wykazać cechy wspólne kapitału zakładowego i cichego udziału kraju związkowego Hesja, a

z drugiej różnice między cichym udziałem a „normalnym” cichym udziałem, są nieprzekonywujące. BdB nie uwzględniło po pierwsze zakresu, w jakim konstrukcja cichych udziałów mogła zostać uzgodniona w ramach porozumienia stron, a po drugie istotnych czynników różniących kapitał zakładowy od cichego udziału.

- (98) Kapitału zakładowego nie „oprocenowuje” się, lecz stanowi on podstawę roszczenia o wypłatę dywidendy, która nie tylko zależy od wysokości osiągniętego zysku, ale przede wszystkim od ilości posiadanych udziałów. W przeciwieństwie do tego wynagrodzenie za cichy udział zależy tylko od zysku. Kwestia ewentualnej dopłaty do wynagrodzenia za cichy udział jest sprawą ustalaną przez strony, i w żadnym wypadku nie jest podstawową cechą „normalnego” cichego udziału. Niezależnie od tego, zgodnie z [...] § 10 ust. 4 KWG (Prawo bankowe) dla cichych wkładów przewiduje wyraźnie typowy obowiązek dopłaty w drugiej kolejności w przypadku wystąpienia straty. W pierwszej kolejności z przyszłych zysków należy uzupełnić wkład do jego pierwotnej wysokości ⁽¹⁴⁾.
- (99) Twierdzeniu, że inwestycje znacznej wartości powinny mieć formę tylko kapitału zakładowego, a nie „normalnych” cichych udziałów, zaprzeczają wartości cichych udziałów pobrane przez prywatne instytucje kredytowe z rynku kapitałowego w latach 1998/99, a także w ostatnich latach. Ich wartość dochodziła do prawie 1 mld EUR. Każdy cichy udział, relatywnie rzecz ujmując, nawet przekraczający granicę 15 %, może być uznany za kapitał podstawowy, jeżeli spełnia on wymagania Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego oraz wynikającej z tego praktyki niemieckich urzędów ds. nadzoru bankowego.
- (100) Dowodu na możliwość przekroczenia granicy 15 % dostarczył członek BdB, mianowicie Deutsche Bank, transakcją kapitałową z dnia 2 grudnia 2003 r. Chodzi przy tym o przyjęcie od inwestorów prywatnych majątku w formie cichego udziału o wartości 300 mln EUR z nieograniczonym czasem trwania (tzw. „wieczne obligacje”) ⁽¹⁵⁾. Po raz kolejny świadczy to o tym, jak płynny i przejrzysty jest rynek cichych udziałów niemieckich banków, również tych o dużej wartości. W związku z uzgodnioną marżą za funkcję kapitału obowiązkowego w wysokości 0,99 % transakcja ta jest poza tym kolejnym dowodem na to, że wynagrodzenie za funkcję kapitału obowiązkowego, uzgodnione za cichy udział kraju związkowego Hesja w banku Helaba, jest właściwe.
- (101) Na prośbę Komisji Niemcy przedłożyły tabelaryczne zestawienie zmian inwestycji w formie cichych udziałów oraz innych hybrydowych kapitałów podstawowych w wybranych prywatnych dużych bankach niemieckich w latach 1998 do 2003 r. Zdaniem Niemiec wynika z tego jasno, w jakim zakresie te instytucje przyjęły hybrydowy kapitał podstawowy powyżej granicy 15 % wynikającej z przepisów o nadzorze bankowym, ponieważ jego udział w łącznym kapitale podstawowym przekracza 15 % (*):

	[Bank A]			[Bank B]			[Bank C]		
	Hybrydowe instrumenty kapitału podstawowego (z tego ciche udziały) (mln €)	Kapitał podstawowy (mln €)	Udział hybrydowych instrumentów podstawowych (%)	Hybrydowe instrumenty kapitału podstawowego (mln €)	Kapitał podstawowy (mln €)	Udział hybrydowych instrumentów podstawowych (%)	Hybrydowe instrumenty kapitału podstawowego (mln €)	Kapitał podstawowy (mln €)	Udział hybrydowych instrumentów podstawowych (%) (*)
1998	612 (612)	15 978	4 %	–	10 623	–	614	13,0	5 %
1999	3 096 (713)	17 338	18 %	1 495	12 908	12 %	1 937	14,6	13 %
2000	3 275 (768)	21 575	15 %	1 574	12 046	13 %	2 014	21,3	9 %

⁽¹⁴⁾ [...] brzmi: „[...]”

⁽¹⁵⁾ Patrz *Börsenzeitung* z dnia 7 listopada 2003 r. i *International Financial Review* z dnia 22 listopada 2003 r.

(*) Nazwy przytoczonych prywatnych dużych banków są informacją poufną, w tabeli oznaczono je jako bank A, bank B i bank C.

[Bank A]			[Bank B]			[Bank C]			
Hybrydowe instrumenty kapitału podstawowego (z tego ciche udziały) (mln €)	Kapitał podstawowy (mln €)	Udział hybrydowych instrumentów podstawowych (%)	Hybrydowe instrumenty kapitału podstawowego (mln €)	Kapitał podstawowy (mln €)	Udział hybrydowych instrumentów podstawowych (%)	Hybrydowe instrumenty kapitału podstawowego (mln €)	Kapitał podstawowy (mln €)	Udział hybrydowych instrumentów podstawowych (%) (*)	
2001	3 404 (811)	24 803	14 %	1 923	11 542	17 %	3 650	21,7	17 %
2002	2 973 (686)	22 742	13 %	1 732	8 572	20 %	4 164	19,1	22 %
2003	3 859 (**) (572)	21 618	18 %	1 561	7 339	21 %	4 076	14,4	28 %

(*) zakładając pełne zaliczenie do kapitału podstawowego

(**) włączając kumulatywne akcje uprzywilejowane po wyłączeniu z konsolidacji spółek powierniczych

(102) W przeciwieństwie do twierdzenia BdB, zarówno ciche udziały kraju związkowego Hesja, jak i ciche udziały pozyskane na rynku zostaną zwrócone w przypadku upadłości przed kapitałem zakładowym, co znaczy, że ich odpowiedzialność ma wyższą rangę. W przeciwieństwie do twierdzenia BdB, zarówno kraj związkowy Hesja, jak i inwestor innego cichego udziału w przypadku upadłości odzyskałby go z masy upadłościowej, podczas gdy właściciel nie otrzymałby niczego, co znaczy, że ryzyko w porównaniu z kapitałem zakładowym jest mniejsze.

(103) Cicha spółka tym różni się od kapitału zakładowego, że cichy wspólnik nie posiada udziałów w majątku przedsiębiorstwa, ani prawa do głosu. BdB nie uwzględniło tego w swoim podziale i zażądało dodatkowej marży. Rynek nie kieruje się taką logiką.

(104) Wątpliwości BdB odnośnie do możliwości zaliczenia wynagrodzenia w koszty działalności są nieuzasadnione. Kraj związkowy Hesja nie przejął ani koniecznego ryzyka ekonomicznego, ani inicjatywy związanej z takim zaangażowaniem. Kraj związkowy Hesja – tak jak każdy inny typowy cichy udziałowiec – zgodnie z postanowieniami umowy o utworzeniu cichej spółki ma udział w bieżącym zysku i stratach banku Helaba, ale nie w cichych rezerwach i również nie w wartości przedsiębiorstwa oraz w rosnącej wartości majątku przedsiębiorstwa. Z chwilą rozwiązania cichej spółki tylko otrzyma swój wkład z powrotem. Kraj związkowy Hesja nie otrzymał żadnej możliwości wykonywania praw w spółce, które odpowiadałyby prawom do głosu, prawom kontrolnym oraz sprzeciwu przysługującym komandytariuszom, czy też prawom kontrolnym wspólnika w spółce cywilnej zgodnie z § 716 ust. 1 BGB (niemieckiego kodeksu cywilnego). Ponadto umowa

zawarta między krajami związkowymi Hesja oraz Turynia o utworzeniu wspólnej instytucji dla kas oszczędnościowych nie zezwala bankowi na przyjęcie nietypowego cichego wspólnika. Wobec braku uprawnień do decydowania o spółce władze finansowe uznały możliwość zaliczenia w koszty wynagrodzenia płaconego dla kraju związkowego Hesja.

(105) Sposób ujęcia w bilansie jest też różny. Kapitał zakładowy może być podniesiony z zysku bilansowego (nadwyżka aktywów nad pasywami) na mocy uchwały walnego zgromadzenia. W przypadku cichego udziału banku kraju związkowego Hesja wynagrodzenie pomniejsza wynik na działalności operacyjnej, zmniejszając nadwyżkę odsetkową (wynagrodzenie jest elementem kosztów odsetkowych), nie stanowi natomiast podziału zysku, w związku z tym nie wymaga też uchwały wspólników. Obowiązkowy sposób ujęcia cichych udziałów w bilansie obciąża wskaźnik kosztów do dochodów oraz bilansową rentowność kapitału własnego.

(106) Przeciwnie do twierdzenia BdB, inwestor działający na zasadach rynkowych zaakceptowałby ograniczenia podstawy przyjętej do obliczenia wynagrodzenia do części kapitału rzeczywiście wykorzystanego na rozszerzenie działalności, a od nadwyżki nie żądałby wynagrodzenia w wysokości 0,3 %, odwołując się do decyzji Komisji w sprawie WestLB. W związku z tym, że bank Helaba od początku informował o swoich ograniczonych potrzebach, inny inwestor nie wynegocjowałby lepszych warunków niż kraj związkowy Hesja.

(107) Argumentacja BdB odnośnie do odpowiedniego wynagrodzenia jest już z gruntu niewłaściwa. Można porównywać

tylko wynagrodzenia wynegocjowane na rynku w danym okresie za porównywalne ciche udziały w instytucjach kredytowych. Różne warunki wniesionych cichych udziałów, ale także różna jakość przyjmujących instytucji kredytowych powinny znaleźć wyraz w porównaniu wynagrodzeń w postaci dopłat i potrąceń od tych wynagrodzeń, a nie od wynagrodzenia za hipotetyczną inwestycję w kapitał zakładowy.

- (108) Niezależnie od tego wyliczenie zysku z inwestycji w kapitał zakładowy, wykonane przez BdB, jest błędne. Wyliczając wartość beta, nie należy porównywać banków krajów związkowych z tzw. bankami kredytowymi, których ryzyko systematyczne jest wyższe od średniej. O wiele bardziej właściwe jest porównanie z jasno zdefiniowaną grupą banków notowanych na giełdzie, tzw. bankami CDAX. Znaczna część sumy bilansowej banku Helaba składa się z bezpiecznych należności od gmin, wewnątrzbankowych oraz hipotecznych. Na dzień 1 stycznia 1999 r. biegły wykonał obiektywną wycenę przedsiębiorstwa dla siedmiu instytucji kredytowych z porównywalną strukturą ryzyka, uwzględnił przy tym ryzyko działalności handlowej, prowadzoną działalność handlową, strukturę klientów oraz wielkość przedsiębiorstwa i wyliczył średni współczynnik beta na poziomie [...], co oznacza znacznie mniej niż jeden. Biegły założył zysk z inwestycji długoterminowych w wysokości 5,0 % oraz stopę dla długoterminowych, bezpiecznych inwestycji w wysokości 6 %. Koszt kapitału własnego został skalkulowany na dzień 1 stycznia 1999 r. na poziomie [...] %. Podany przez BdB zysk z kapitału własnego dla banku Helaba w wysokości 11,66 % na dzień 31 grudnia 1998 r. uwzględnia znacznie zawyżony współczynnik beta oraz nieaktualne, historyczne dane. Poziom odsetek zmienił się znacznie w ostatnich dziesięcioleciach, a rozważania BdB na temat inflacji i prognoz inflacyjnych są w tym kontekście niezrozumiałe.
- (109) Ponadto wynagrodzenie uzgodnione na czas trwania cichego udziału można porównać tylko ze zmiennym, w danej chwili osiąganym zyskiem z kapitału zakładowego, a nie na przykład z zyskiem z kapitału zakładowego przedsiębiorstwa w momencie inwestycji. Nikt nie zagwarantowałby właścicielowi banku zysku z kapitału własnego na poziomie z końca roku 1998, co zniwelowałoby ryzyko wahań zysku z kapitału.
- (110) Rozważania BdB na temat wysokości kosztów refinansowania zaliczonych do kosztów działalności są niezrozumiałe. Koszty refinansowania netto można wziąć pod uwagę, tylko jeżeli od wynagrodzeń uwzględnionych w porównaniu, płaconych przez prywatne instytucje bankowe za porównywalne ciche udziały pozyskane na rynku kapitałowym, odejmie się teoretyczną lub efektywną stawkę podatkową tych instytucji. Dla depozytów pozyskanych na rynku kapitałowym podaje się zwyczajowo nie łączne wynagrodzenie, ale tylko marżę na wynagrodzenie, która jest taka sama dla instrumentów z oprocentowaniem zmiennym i aportów oraz dla wynagrodzenia za funkcję kapitału obowiązkowego. Można więc bezpośrednio
- porównać wynagrodzenie za cichy udział kraju związkowego Hesja z wynagrodzeniem rynkowym. Droga okrężna przez fikcyjne wynagrodzenie łączne za fikcyjny wkład gotówkowy, od którego odejmuje się koszty refinansowania, jest zbędna i tylko zwiększa kilkukrotnie niepewność wyceny, ponieważ trzeba wielostopniowo wprowadzać wielkości szacunkowe.
- (111) Odmienne od twierdzenia BdB narzuty na wynagrodzenie nie są uzasadnione. Praktyka nie pokazuje, że za depozyty o znacznej wartości płaci się dodatkowe wynagrodzenie. W przypadku porównywalnego pobrania kapitału przez prywatne instytucje kredytowe brak zależności między kwotą a wynagrodzeniem. Kraj związkowy musiał się raczej zgodzić na uzgodniony model stopniowy, ponieważ bank Helaba nie mógłby od razu wykorzystać całego funduszu celowego. Na rynku żaden inwestor nie tylko nie otrzymałby wynagrodzenia od razu za całą kwotę, ale również dodatkowej marży.
- (112) Ponadto twierdzenia, że rezygnacja z prawa do głosu w przypadku inwestycji w kapitał zakładowy musi być skompensowana przez dodatkowe wynagrodzenie, nie można zastosować do cichej spółki. Cichy wspólnik z mocy prawa nie posiada prawa do głosu, a rynek nie wynagradza tej „rezygnacji” cichego wspólnika z wpływu na podejmowane decyzje.
- (113) Zgadza się wprawdzie, że inwestor na rynku kapitałowym zażądałby wyższego zysku z kapitału w zamian za brak zamierności zainwestowanego kapitału. Jednak brak zamierności cichego udziału kraju związkowego w porównaniu do kapitału uprawniającego do udziału w zyskach wzięto pod rozwagę przy podejmowaniu decyzji o transakcji. Strony uwzględniły również bezterminowość wkładu, uzgadniając narzut na wynagrodzenie w wysokości 0,20 % p.a. Prywatny inwestor uwzględniłby jednak, że szukano depozytu nie dla gotówki, lecz dla znacznego, niepodzielnego funduszu z przeznaczeniem celowym, który można było wnieść tylko w postaci aportu. Jeżeli BdB twierdzi, że praktycznie nie istnieje rynek na takie inwestycje, nie dotyczy to tylko możliwości ponownej inwestycji (brak zamierności), ale także już pierwotnej inwestycji. Wyjaśnienie, że prywatny inwestor zażądał lub otrzymałby w związku z tym jeszcze wyższy narzut na wynagrodzenie, niż wynagrodzenie za długoterminowość wkładu uzgodnione w wysokości 0,20 % p.a., nie jest zrozumiałe. BdB nie wyjaśniło, ani nie uzasadniło go dokładniej.
- (114) Przeprowadzając porównanie z rynkiem, odmiennie do twierdzenia BdB, należy uwzględnić efekt podatku od działalności gospodarczej. Ciche udziały do banków wnoszą z reguły inwestorzy instytucjonalni, którzy sami muszą odprowadzić podatek od działalności gospodarczej od wynagrodzenia otrzymanego od cichych wkładów. W przeciwieństwie do tego, kraj związkowy jest zwolniony z podatku od działalności gospodarczej i może zadowolić się niższym wynagrodzeniem. Dla wyrównania, zwolnienie

kraju związkowego wywołuje obowiązek podatkowy po stronie banku, który musi zapłacić podatek od działalności gospodarczej. To, czy jest on płacony krajowi związkowemu, czy gminie, nie ma znaczenia, podobnie jak fakt, że podatek od działalności gospodarczej naliczany jest od dochodu – z reguły jest to odbiorca wynagrodzenia, tutaj jednak bank – tak długo, jak bank w ogóle osiąga zyski. Jeżeli jednak wykaże stratę, nie tylko nie zapłaci podatku od prowadzonej działalności gospodarczej, ale również wynagrodzenia za depozyt.

- (115) Wbrew twierdzeniu BdB, bank Helaba nie płaci wynagrodzenia sam sobie. Zgodnie z decyzją kraju związkowego Hesja dochód po opodatkowaniu uzyskany z lokaty funduszu celowego nie wpływa do ogólnego budżetu, ale również ma przeznaczenie celowe i służy rozszerzeniu działalności wspierającej. Jest to kwestia przeznaczenia środków, które bank Helaba płaci krajowi związkowemu.

VI. OCENA PODJĘTEGO DZIAŁANIA

1. POMOC PAŃSTWA W ROZUMIENIU ART. 87 UST. 1 TRAKTATU WE

- (116) Zgodnie z art. 87 ust. 1 Traktatu WE, z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w Traktacie, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna ze wspólnym rynkiem w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.

1.1. ZASOBY PAŃSTWOWE

- (117) Wnosząc cichy udział, kraj związkowy Hesja wybrał taki sposób wniesienia środków, którego zasadnicza koncepcja polegała na tym, aby przenieść majątek funduszu celowego na bank Helaba w celu zwiększenia jego bazy kapitałowej, ale również w celu uzyskania dodatkowych przychodów kraju związkowego Hesja. Niezależnie od tego, że otrzymane należności ponownie przekazywano do majątku funduszu celowego, gdzie służyły dobru ogólnemu, majątek ten został uznany przez nadzór bankowy i mógł pełnić funkcję kapitału obowiązkowego banku Helaba konkurującego z innymi instytucjami kredytowymi. Bank Helaba otrzymał w związku z tym zasoby państwowe.

1.2. SPRZYJANIE OKREŚLONEMU PRZEDSIĘBIORSTWU

- (118) Badając, czy udostępnienie zasobów państwowych przedsiębiorstwu publicznemu oznacza sprzyjanie mu, oraz czy stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE, Komisja stosuje zasadę „inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej”. Trybunał Sprawiedliwości oraz Sąd Pierwszej Instancji zaakceptował i rozwinął tę zasadę w szeregu spraw, a w szczególności w

orzeczeniu w sprawie WestLB, który ma znaczenie dla tego przypadku ⁽¹⁶⁾.

a) **Zasada inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej**

- (119) Zgodnie z tą zasadą, nie stanowi sprzyjania określonemu przedsiębiorstwu udostępnienie zasobów kapitałowych na warunkach, „na których inwestor prywatny, działający zgodnie z normalnymi zasadami gospodarki rynkowej, byłby skłonny udostępnić te środki przedsiębiorstwu prywatnemu ⁽¹⁷⁾.” W przeciwieństwie do tego, że sprzyjaniem w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE mamy do czynienia, jeżeli uzgodnione wynagrodzenie i/lub stan finansów przedsiębiorstwa nie pozwalają oczekiwać normalnego zysku z kapitału w odpowiednim terminie.
- (120) Zasada inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej w takim samym stopniu dotyczy wszystkich przedsiębiorstw publicznych, i to niezależnie od tego, czy przynoszą one zyski, czy straty. To stanowisko Komisji potwierdził Sąd Pierwszej Instancji w orzeczeniu WestLB ⁽¹⁸⁾.

- (121) W związku z tym główne pytanie, które trzeba postawić w tej procedurze badania brzmi, czy inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej wniosłby kapitał posiadający te same cechy co majątek funduszu celowego kraju związkowego Hesja do banku Helaba na takich samych warunkach, w szczególności w odniesieniu do zysku z kapitału, który może osiągnąć inwestor.

b) **Kwalifikacja prawna i ekonomiczna wniesionego kapitału**

- (122) Kraj związkowy Hesja dnia 31 grudnia 1998 r. wniosł do banku Helaba majątek funduszu w postaci pożyczki o wartości nominalnej udziału kraju związkowego w wysokości 6,026 mld DEM (3,081 mld EUR) oraz gotówki wycenionej przez biegłego na 2,473 mld DEM (1,264 mld EUR) jako cichy udział. BAKred (Federalny Urząd Nadzoru Bankowości), jak wspomniano wyżej, uznał te środki w ich pełnej wysokości za kapitał podstawowy. Tylko w niewielkim stopniu są one wykorzystywane do pokrycia działań wspierających, corocznie potrzebna kwota jest zmienna. Ta część cichego udziału, który wykazywany jest w bilansie, ma tylko funkcję gwarancyjną dla banku Helaba. Pozostałą, większą część bank Helaba mógł wykorzystać do pokrycia lub rozszerzenia działalności komercyjnej.
- (123) Analogicznie do przypadku WestLB Komisja oblicza odpowiednie wynagrodzenie za przeniesiony majątek funduszu, biorąc pod uwagę możliwość jego wykorzystania do celów komercyjnych przez bank Helaba. Jak już

⁽¹⁶⁾ Orzeczenie w sprawach połączonych T-228/99 i T-233/99.

⁽¹⁷⁾ Komunikat Komisji do Państw Członkowskich: Stosowanie art. 92 i 93 Traktatu WE oraz art. 5 dyrektywy Komisji 80/723/EWG w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między Państwami Członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, Dz.U. 307 z 13.11.1993 str. 3, patrz nr 11. W niniejszym komunikacie chodzi wprawdzie wyraźnie o przemysł przetwórczy, jednakże zasada ma zastosowanie niewątpliwie także do wszystkich pozostałych branż gospodarczych. Jeśli chodzi o usługi finansowe, Komisja podkreśliła powyższe kilkoma decyzjami, m. in. w sprawie Crédit Lyonnais (Dz.U. L 221 z 8.8.1998, str. 28) i GAN (Dz.U. L 78 z 16.3.1998, str. 1).

⁽¹⁸⁾ Orzeczenie WestLB punkt 206 i nast.

wyjaśniono, punktem odniesienia oceny, czy wynagrodzenie jest zgodne z zasadami rynkowymi, jest wynagrodzenie, którego zażądałby inwestor działający na zasadach rynkowych, udostępniający bankowi kapitał własny w takiej formie.

- (124) Skarżący twierdzi przy tym, że w przypadku majątku udostępnionego bankowi Helaba mamy do czynienia z inwestycją podobną do inwestycji w kapitał zakładowy, analogicznie do przeniesienia majątku WfA na bank WestLB. Niemcy natomiast zaprzeczają, że inwestycja ta jest podobna do inwestycji w kapitał zakładowy. Kapitał jest raczej cichym udziałem, co ma wpływ na wysokość wynagrodzenia.
- (125) Niemcy, bank Helaba oraz skarżący zgadzają się, że majątek funduszu wniesiony w postaci cichego udziału kraju związkowego Hesja stanowi kapitał podstawowy. Rezerwa celowa została uznana przez BAKred za kapitał podstawowy („kapitał pierwszej kategorii”) i dlatego można ją porównać tylko z takimi instrumentami kapitału własnego, które w roku wniesienia były uznawane w Niemczech za kapitał podstawowy, i które bank Helaba w momencie wniesienia mógłby pozyskać na inwestycję tę wielkości, przekraczającą wyraźnie 15 % kapitału podstawowego.
- (126) W tej części Komisja zgadza się ze stanowiskiem zainteresowanych stron. Już w decyzji dotyczącej banku WestLB z roku 1999 Komisja sprecyzowała, że porównanie majątku WfA, również uznanego za kapitał podstawowy, z instrumentami kapitałowymi, które mogą być uznane tylko za kapitał uzupełniający, jak np. papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach oraz akcje uprzywilejowane bez prawa do głosu, nie mogą stanowić podstawy odpowiedniego wynagrodzenia za przeniesiony kapitał (decyzja 2000/392/WE, nr 199). Kapitał podstawowy ma istotne znaczenie dla przedsiębiorstwa, ponieważ pozwala na pozyskanie środków uzupełniających (np. papierów wartościowych uprawniających do udziału w zyskach) w takiej samej wysokości, i w ten sposób pozwala na powiększenie środków własnych. Warunkiem uznania za kapitał podstawowy jest podwyższona ekspozycja na ryzyko udostępnionego kapitału, co przeważnie wyraża się w wyższym wynagrodzeniu rynkowym tych instrumentów. Porównanie z kapitałem uzupełniającym, który tylko w ograniczonym stopniu może być przeznaczony na rozszerzenie działalności, należy tutaj wykluczyć.
- (127) Zdaniem BdB w przypadku tej konkretnej inwestycji bank Helaba mógł jednak skorzystać z formy prawnej kapitału akcyjnego lub zakładowego Zdaniem Niemiec oprócz tego można było skorzystać z formy prawnej bezterminowego cichego udziału (perpetual), który spełnia wymagania § 10 ust. 4 KWG (Prawo bankowe) oraz również kryteria tzw. „Deklaracji z Sydney” Komitetu Nadzoru Bankowego Banku Rozrachunków Międzynarodowych w Bazylei, które z kolei kształtują praktykę decyzyjną Federalnego Urzędu Nadzoru Bankowości (BAKred). Przedmiotem porozumienia między krajem związkowym Hesja a bankiem Helaba była dlatego forma prawna bezterminowego cichego udziału, który został uznany przez Federalny Urząd Nadzoru Bankowości (BAKred) oraz przez właściwe władze podatkowe.
- (128) Zdaniem Komisji Niemcy udowodniły w wystarczający sposób, że argumenty BdB nie są przekonujące. BdB argumentuje, że cichy udział kraju związkowego Hesja stanowi nadużycie formy „normalnego” cichego udziału. Z ekonomicznego punktu widzenia cichy udział ma tak wiele cech wspólnych z kapitałem zakładowym, że inwestor zażądałby oprocentowania odpowiadającego wynagrodzeniu za kapitał zakładowy.
- (129) Po pierwsze Komisja przyjmuje do wiadomości, że kraj związkowy Hesja oraz bank Helaba wyraźnie uzgodniły formę cichego udziału, którą uznały również właściwe niemieckie władze. Aby można było uznać nadużycie formy, należałoby stwierdzić w sposób niebudzący wątpliwości, że właściwe niemieckie władze niesłusznie uznały formę cichego udziału kraju związkowego Hesja. Do tego nie ma jednak podstaw. W związku z tym Komisja przychyliła się do zdania Niemiec, że określony czas trwania lub możliwość wypowiedzenia cichego udziału nie są koniecznymi cechami, ani z punktu widzenia prawa spółek, ani przepisów o nadzorze bankowym, aby cichy udział uznać za kapitał podstawowy w rozumieniu § 10 ust. 4 KWG (Prawo bankowe). Ponadto Komisja interpretuje „Deklarację z Sydney” Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego z października 1998 r. w ten sposób, że 15 % granicę ustanowiono wyłącznie na potrzeby uznania za kapitał podstawowy określonych, szczególnie krótkoterminowych, innowacyjnych instrumentów kapitałowych. Z tego nie wynika jednak twierdzenie przeciwne, że bezterminowe, innowacyjne instrumenty kapitałowe nie mogą być uznane za kapitał podstawowy, albo że dotyczy ich ta granica. Za wykorzystaniem bezterminowych, innowacyjnych instrumentów kapitałowych jako kapitału podstawowego ponad granicę 15 % przemawia również praktyka prywatnych banków ostatnich lat, co zostało szeroko udokumentowane przez Niemcy.
- (130) Komisja uznaje, że również selektywne kryteria przyjęte przez BdB nie są przekonujące. Z punktu widzenia analizy ryzyka, cichy udział kraju związkowego Hesja „typologicznie” należy raczej porównać z „normalnym” cichym udziałem niż z kapitałem zakładowym. Także w tym punkcie Komisja przychyliła się do zdania Niemiec.
- (131) Dla Komisji decydujące jest w tym kontekście, że zarówno cichy udział kraju związkowego Hesja, jak również inne, „normalne”, tzn. terminowe ciche udziały pozyskane na rynku kapitałowym zostałyby zwrócone w przypadku upadłości przed kapitałem zakładowym, co znaczy, że inwestor otrzyma je z masy upadłościowej, a w przypadku inwestycji w kapitał zakładowy nie otrzymałby nic. W oparciu o ekspertyzę prawną Niemcy wyjaśniły, że zgodnie z postanowieniami umowy cichy udział kraju związkowego Hesja w czasie jego trwania, jeżeli nie zostanie zmniejszony przez straty lub zupełnie zużyty, w przypadku upadłości lub likwidacji zostanie zaspokojony z ewentualnie pozostałej kwoty przed kapitałem zakładowym.
- (132) Tak długo, jak przedsiębiorstwo nie będzie przynosić strat, zarówno kraj związkowy Hesja, jak i inwestor terminowego

cichego udziału otrzyma ponadto całe uzgodnione wynagrodzenie, podczas gdy inwestorowi w kapitał zakładowy przysługuje tylko roszczenie do wypłaty dywidendy odpowiednio do jego udziału w zyskach. Również w tym aspekcie cichy udział kraju związkowego Hesja jest typowym cichym udziałem w rozumieniu § 10 ust. 4 KWG (Prawo bankowe).

(133) Nieprzekonywujący jest również zarzut BdB, że cichy udział należy raczej porównać z kapitałem zakładowym, ponieważ długoterminowo był on przyczyną podniesienia kapitału podstawowego banku Helaba o prawie 50 %. Tutaj należy najpierw wskazać na rozwiązanie stopniowe uzgodnione przez kraj związkowy Hesja oraz bank Helaba, zgodnie z którym w latach od 1999 do 2002 r. bank Helaba, może wykorzystać corocznie wzrastającą kwotę częściową kapitału podstawowego na pokrycie głównej działalności odpowiednio do rzeczywistego zapotrzebowania na kapitał. W tym kontekście Komisja zwraca wyraźną uwagę na to, że również w przypadku banku WestLB znaczna wartość wniesionego kapitału była przesłanką, ale nie kwestią decydującą do założenia podobieństwa do kapitału zakładowego. W decyzji WestLB 2000/392/WE oraz w ponownej decyzji z dnia 20 października 2004 r. Komisja, biorąc pod uwagę całokształt, doszła do wniosku, że przeważa podobieństwo ocenianej transakcji do inwestycji w kapitał zakładowy. Istotnym czynnikiem była na przykład okoliczność, że majątek WfA, tak jak kapitał zakładowy, jest narażony na ryzyko pełnej utraty w przypadku upadłości lub likwidacji. Ponadto w przypadku banku WestLB Komisja uwzględniła również, że w momencie wniesienia majątku WfA w roku 1991 – inaczej niż w momencie plasowania cichego udziału kraju związkowego Hesja w banku Helaba w roku 1998 – rynek na hybrydowe instrumenty kapitałowe w Niemczech nie był jeszcze rozwinięty, i taka instytucja kredytowa jak WestLB mogła pozyskać kapitał podstawowy o porównywalnej wartości na rynku tylko w formie kapitału zakładowego. Bank Helaba mógł bez problemu zaspokoić swoje zapotrzebowanie na kapitał w latach od 1998 do 2002 r. również na rynku, przyjmując od różnych inwestorów kilka rozłożonych w czasie cichych udziałów o mniejszej wartości.

(134) BdB zwraca ponadto uwagę na to, że dzięki cichemu udziałowi kraju związkowego Hesja bufor kapitału zakładowego banku Helaba wynosił już tylko 50 %, podczas gdy w prywatnych instytucjach kredytowych udział instrumentów hybrydowych w kapitale podstawowym znajdował się na poziomie poniżej 20 %, w związku z tym bufor kapitału zakładowego wynosił ponad 80 %. Zdaniem BdB, inwestor instytucjonalny nie wniósłby porównywalnego wkładu, wzięwszy pod uwagę wysoki udział w całym kapitale podstawowym banku Helaba. Niemcy potwierdziły, że udział cichych rezerw w kapitale podstawowym w roku 2003, a więc po realizacji ostatniego stopnia w ramach

modelu stopniowego, wynosił [...] %, a udział wszystkich cichych udziałów (tzn. nie tylko cichego udziału kraju związkowego Hesja) w roku 2003 wynosił [...] %. Zdaniem Komisji nie da się z tego bezsprzecznie wywnioskować, że inwestor instytucjonalny nie plasowałby porównywalnego cichego udziału, wzięwszy pod uwagę wysoki udział w całym kapitale podstawowym. Niemcy wyjaśniły, że banki krajów związkowych (Landesbanken) generalnie w dużej mierze wykorzystują ciche udziały powyżej granicy 15 % jako instrument pozyskiwania kapitału podstawowego, i to od udziałowców zobowiązanych do nieograniczonej odpowiedzialności za zobowiązania (Gewährträger) oraz od inwestorów trzecich. Zgodnie z danymi Niemiec stosunek cichych udziałów w [...] ⁽ⁱ⁾ w roku 2003 wynosił 72 %, w [...] ⁽ⁱⁱ⁾ i 39 %, w [...] ⁽ⁱⁱⁱ⁾ ii 33 %, w [...] ^(iv) v 39 %, a w [...] ^(v) 42 %. ⁽¹⁹⁾ Powodem wysokiego udziału instrumentów hybrydowych jest fakt, że banki krajów związkowych w związku z ich strukturą publicznoprawną nie mogą pozyskiwać kapitału na rynkach akcji. Wygląda na to, że inwestorzy banków krajów związkowych są bardziej skłonni zaakceptować mniejszy bufor kapitału zakładowego, ponieważ kapitał jest narażony na mniejsze ryzyko w związku z innym profilem działania i mniejszym ryzykiem instytucji, a co za tym idzie ogólnie na mniejsze ryzyko. Komisja nie może wykluczyć, że w przypadku banku Helaba, który wśród wymienionych banków krajów związkowych postrzegany jest jako instytucja kredytowa o relatywnie niskim ryzyku, znalazłby się inwestor instytucjonalny, który pomimo bufora kapitału własnego w wysokości (tylko) 50 % zdecydowałby się na porównywalną inwestycję w formie cichego udziału w bank Helaba.

(135) Komisja zbadała też dokładnie, w jakim stopniu bezterminowość depozytu, a więc fakt, że nie ma on określonego terminu, i że kraj związkowy nie może go wypowiedzieć, wpływa na analizowane ryzyko.

(136) BdB twierdzi również, że na rynku kapitałowym nie ma bezterminowych instrumentów hybrydowych. Inwestorzy instytucjonalni zasadniczo kupują tylko hybrydowe instrumenty kapitału własnego z określonym terminem lub takie instrumenty, w przypadku których zakładają, że zostaną one zwrócone, ponieważ wzrasta stopa dywidendy (tzw. step up) lub mogą zamienić dany instrument na inną formę inwestycji w określonym czasie. Klauzule step up są przy tym silną ekonomiczną zachętą dla dłużnika (emitenta) do zwrotu cichego udziału. Klauzula step up czyni z instrumentów bezterminowych (*perpetual*) instrumenty o określonym czasie trwania. Ponadto innowacyjne instrumenty kapitałowe plasowane są głównie przez inwestorów prywatnych.

(137) Niemcy i bank Helaba wysuwają twierdzenie przeciwne, że inwestujący w bezterminowe instrumenty (*perpetuals*) z opcją „step up” muszą się liczyć z tym, że wbrew ich ewentualnym oczekiwaniom może nie dojść do „termino-

⁽ⁱ⁾ Informacja poufna, tutaj oznaczono jako bank I

⁽ⁱⁱ⁾ Informacja poufna, tutaj oznaczono jako bank II

⁽ⁱⁱⁱ⁾ Informacja poufna, tutaj oznaczono jako bank III

^(iv) Informacja poufna, tutaj oznaczono jako bank IV

^(v) Informacja poufna, tutaj oznaczono jako bank V

⁽¹⁹⁾ Informacja rządu federalnego z dnia 1 października 2004, str. 16.

wego” zwrotu w momencie wymagalności klauzuli step up, co znaczy, że ryzyko jest bezterminowe. Wynika to po pierwsze z faktu, że „prawo do wypowiedzenia” ma tylko i wyłącznie dłużnik (emitent), po drugie dla terminowego zwrotu decydująca jest sytuacja ekonomiczna emitenta w momencie wymagalności klauzuli step up, a po trzecie nadzór bankowy musiałby wyrazić zgodę na wypowiedzenie, przy czym wyraża ją tylko, jeżeli dłużnik w momencie wypowiedzenia posiada bezpieczną ilość kapitału własnego zgodnie z przepisami o nadzorze bankowym lub plasuje na rynku transakcję zastępczą. Przykłady pokazują ponadto, że również inwestorzy instytucjonalni plasują bezterminowe instrumenty hybrydowe bez opcji step up, Niemcy wymieniły tutaj podrzędne i bezterminowe obligacje Air Canada z roku 1987, dla których, jak przekonała się Komisja, rzeczywiście nie uzgodniono zasady step up. Niemcy wyjaśniły również, że wprawdzie istnienie prawa do wypowiedzenia znajduje swój wyraz w wynagrodzeniu, ale możliwości z tym związane nie są wielkie.

(138) W sytuacji ocenianej przez Komisję decydujące jest przede wszystkim, że bezterminowość depozytu dotyczy w pierwszej kolejności ryzyka inwestora, który nie może skorzystać z podwyżek odsetek na rynku, ponieważ z jednej strony nie przysługuje mu prawo do wypowiedzenia, a z drugiej nie może być pewny wykorzystania opcji „step up”. W przeciwieństwie do tego bezterminowość nie ma wpływu na ryzyko strat w przypadku upadłości lub likwidacji. Mając na uwadze powyższe okoliczności oraz analizę rynku przedstawioną przez Niemcy Komisja doszła do wniosku, że również bezterminowość nie uzasadnia zmiany instrumentu referencyjnego z „cichego udziału” na „kapitał zakładowy”. Jednakże Komisja zbada później dokładniej, czy w związku z bezterminowością należy zapłacić marżę na rynkowe wynagrodzenie za ciche udziały.

(139) Ostatecznie należy stwierdzić, że w przypadku banku Helaba wniesienie bez wątplenia miało formę prawną cichego udziału, który ma więcej cech wspólnych z innymi cichymi udziałami niż z kapitałem zakładowym. Zdaniem Komisji nie ma wystarczających podstaw, aby uznać, że doszło do nadużycia formy prawnej cichego udziału wskutek wniesienia kapitału, który z ekonomicznego punktu widzenia miałby stanowić kapitał zakładowy. Punktem wyjścia dla wynagrodzenia za kwestionowany instrument kapitałowy są w związku z tym „normalne”, tzn. terminowe ciche udziały o wartości typowej dla rynku, i do wynagrodzenia za nie należy doliczyć marżę. W związku z tym rozważania BdB na temat odpowiedniego wynagrodzenia za kapitał zakładowy nie mają dalej żadnego znaczenia.

c) Obliczenie bazy kapitałowej, od której należy zapłacić wynagrodzenie

Baza kapitałowa, od której należy zapłacić wynagrodzenie

(140) Na potrzeby obliczenia bazy kapitałowej, za którą należy zapłacić wynagrodzenie, Komisja rozróżnia między tzw. funkcją rozszerzenia działalności a (zwykłą) funkcją gwarancyjną majątku funduszu udostępnionego jako

kapitał własny na potrzeby działalności komercyjnej instytucji kredytowej.

(141) Pod pojęciem funkcji rozszerzenia działalności, którą spełnia kapitał, należy rozumieć rozszerzenie potencjału transakcyjnego przez aktywa ryzykowne w wyniku uznania przez nadzór bankowy dodatkowego kapitału własnego banku. Punktem odniesienia oceny, czy wynagrodzenie jest zgodne z zasadami rynkowymi, jest wynagrodzenie, którego zażądałby prywatny inwestor działający na zasadach rynkowych, udostępniający bankowi kapitał własny w tej konkretnej sytuacji. O ile udostępniony kapitał został ujęty w bilansie jako kapitał własny, ale przez nadzór bankowy nie został za taki uznany albo jest przeznaczony na działalność wspierającą, albo z innych powodów nie może być wykorzystany na pokrycie działalności komercyjnej, nie można go wykorzystać do rozszerzenia działalności. Jednak kapitał ma znaczenie nie tylko z punktu widzenia nadzoru bankowego. Ponieważ gwarantuje on przynajmniej należności wierzycieli instytucji kredytowej (tzw. funkcja gwarancyjna), jego funkcję ekonomiczną można porównać chociażby z poręczeniem lub gwarancją. Wysokość kapitału własnego ujęta w bilansie informuje inwestorów o wypłacalności banku i w związku z tym może wpływać na warunki, na których bank pozyskuje kapitał obcy. Rynkowe wynagrodzenie za tzw. funkcję gwarancyjną kapitału opiera się na wynagrodzeniu, którego w tej konkretnej sytuacji zażądałby prywatny gwarant od instytucji kredytowej o porównywalnej wielkości i profilu ryzyka jak bank Helaba.

(142) Do obliczenia wynagrodzenia należy więc podzielić cichy udział uznany w pełnej wysokości jako kapitał podstawowy na dwie różne bazy kapitałowe. Za bazę kapitałową, którą bank Helaba mógł wykorzystać na działalność komercyjną, należy zapłacić wynagrodzenie, którego zażądałby inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi za cichy udział o tych samych parametrach w tej konkretnej sytuacji. Za bazę kapitałową, której bank Helaba nie mógł wykorzystać na działalność komercyjną, należy zapłacić wynagrodzenie, którego zażądałby inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi w tej konkretnej sytuacji.

Baza kapitałowa, którą bank Helaba mógł wykorzystać do pokrycia działalności komercyjnej

(143) Zasadniczo Komisja jest zdania, że to, ile udostępnionego kapitału zostało rzeczywiście wykorzystane, nie ma znaczenia przy obliczaniu odpowiedniego wynagrodzenia. Jedynym wyznacznikiem jest możliwość wykorzystania kapitału na rozszerzenie działalności. Również prywatny inwestor nie zadowoliliby się wynagrodzeniem, które zależałoby od wykorzystania kapitału. Tutaj Komisja przychyliła się do twierdzenia BdB, które zwróciło uwagę na to, że dla inwestora działającego na zasadach rynkowych, ponoszącego ryzyko utraty swojego depozytu, nie ma znaczenia, czy instytucja kredytowa rzeczywiście wykorzystuje kapitał do rozszerzenia działalności. Generalnie BdB słusznie zwraca uwagę na to, że dla inwestora działającego na zasadach rynkowych liczy się wyłącznie to, że nie może sam pomnażać wniesionej kwoty i uzyskiwać z niej odpowiedniego zysku. Można to pokazać na

przykładzie wynajmu mieszkania: wynajmujący żądałby zapłaty czynszu także wtedy, jeśli najemca z jakiegokolwiek powodu nie mieszkałby w mieszkaniu, ponieważ wynajmując je jednemu najemcy, nie ma możliwości wynajęcia go komuś innemu, a miejsce przebywania najemcy jest bez znaczenia. Przedmiotem umowy najmu jest więc możliwość korzystania z mieszkania.

- (144) Komisja przyjmuje wstępnie do wiadomości, że uzgodniona baza kapitałowa, którą bank Helaba mógłby wykorzystać do pokrycia działalności komercyjnej, i za którą należałoby zapłacić wynagrodzenie, nie zależy od rzeczywistego pokrycia, ale tylko i wyłącznie od możliwości pokrycia działalności komercyjnej. To znaczy, że ta regulacja odpowiada powyżej omówionym kryteriom Komisji.
- (145) Kraj związkowy Hesja oraz bank Helaba uzgodniły powyżej opisany tzw. model stopniowy. Zgodnie z nim wartość gotówkowa całego majątku funduszu została ujęta w bilansie na dzień 31 grudnia 1998 r., po to, aby nie trzeba było dzielić majątku funduszu. Od początku było to w przeważającej części, tzn. z wyjątkiem części przeznaczonej na pokrycie działalności wspierającej, korzystne dla pokrycia działalności komercyjnej banku. Bank Helaba od początku przedstawił krajowi związkowemu, że zgodnie ze swoim planem działalności do pokrycia działalności komercyjnej potrzebuje kapitału tylko sukcesywnie, tzn. zgodnie z ostatecznie uzgodnionym planem stopniowym. W przeciwieństwie do tego wynagrodzenie w ramach regulacji stopniowej dotyczyło możliwości wykorzystania kapitału, tzn. było niezależne od rzeczywistego pokrycia. W związku z jednoznacznym planem wykorzystania kraj związkowy Hesja od początku znał bazę kapitałową, za którą należy zapłacić wynagrodzenie. Odnośnie do pokrycia kraj związkowy Hesja nie zdawał się na uznanie banku, lecz zgodził się na taką regulację wynikającą ze zrozumiałego życzenia banku Helaba.
- (146) Komisja uznaje, że to zachowanie odpowiada rynkowym zasadom działania inwestora, któremu w sytuacji kraju związkowego Hesja również nie udało się wynegocjować szybszego wzrostu bazy kapitałowej, za którą należy zapłacić wynagrodzenie, ponieważ bank Helaba nie zgodziłby się na to ze względu na swój plan działania. Zdaniem Komisji za okres od 1999 r. do 2002 r. należy zapłacić wynagrodzenie za przewidziane wartości stopniowe, a od roku 2003 za całą kwotę cichego udziału, która może być wykorzystana na pokrycie działalności komercyjnej, którego zażądałby inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi za cichy udział o tych samych parametrach w tej konkretnej sytuacji.

Baza kapitałowa ujęta w bilansie, której bank Helaba nie mógł jednak wykorzystać do pokrycia działalności komercyjnej

- (147) Jak przedstawiono powyżej, również ta kwota cichego udziału, której bank Helaba nie mógł wykorzystać do pokrycia działalności komercyjnej, została ujęta w bilansie

banku na dzień 31 grudnia 1998 r. Został on zaliczony do kapitału podstawowego w pełnej wysokości i od początku stanowił zabezpieczenie wierzycieli banku. Jest to przynajmniej potencjalna korzyść dla banku, ponieważ wysokość kapitału własnego ujęta w bilansie informuje inwestorów o wypłacalności banku i w związku z tym może wpływać na warunki, na których bank pozyskuje kapitał obcy.

- (148) Niemcy oponują, że z faktu, iż bank Helaba zaksięgował w bilansie cichy udział w całej wysokości 1 264,4 mln EUR bezpośrednio po jego otrzymaniu, nie da się wywnioskować poprawy wypłacalności. W długoterminowych ratingach wypłacalności, miarodajnych dla wierzycieli, bank Helaba otrzymuje od połowy lat 80-tych najwyższą kategorię AAA/Aaa, która przede wszystkim opiera się na istniejących poręczeniach państwowych zobowiązujących udziałowców do zapewnienia płynności (Anstaltslast) oraz do nieograniczonej odpowiedzialności za zobowiązania (Gewährträgerhaftung), i w ten sposób na nieograniczonej wypłacalności udziałowców (Gewährträger). Wykazanie cichego udziału nie wpłynęło na poprawę tej nadzwyczajnej wypłacalności najwyższego stopnia⁽²⁰⁾.
- (149) Na kolejne pytanie Komisji Niemcy oświadczyły, że nawet biorąc pod uwagę tzw. rating siły finansowej agencji Moody's Investors' Service i tzw. rating indywidualny agencji Fitch dla banku Helaba w interesującym okresie, nie zaobserwowano żadnego wpływu cichego udziału na ocenę siły finansowej banku Helaba. Oba wyżej wymienione ratingi uwzględniały, niezależnie od istniejących poręczeń państwowych Anstaltslast i Gewährträgerhaftung oraz struktury własnościowej, wyłącznie i bezpośrednio dochodowość danej instytucji, jakość zarządzania, pozycję na rynku oraz wyposażenie w kapitał własny⁽²¹⁾. Oba wymienione ratingi nie zmieniły się (rating siły finansowej agencji Moody's na poziomie C+ oraz indywidualny rating agencji Fitch na poziomie B/C) w okresie od 1997 r. do 2000 r., pomimo wniesienia cichego udziału na koniec 1998 r., a od 2001 r. obniżyły się (rating siły finansowej agencji Moody's na poziomie C+ (neg.) lub C (neg.) oraz rating agencji Fitch na poziomie C). Zdaniem Niemiec dowodzi to faktu, że cichy udział nie miał wpływu na wypłacalność banku Helaba, niezależnie od istniejących poręczeń państwowych⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ Odpowiedź Niemiec z dnia 23 czerwca 2004 r., str. 12.

⁽²¹⁾ Odpowiedź Niemiec z dnia 23 czerwca 2004 r., str. 12, załącznik 29/2004, rating agencji Fitch: Bank Rating Methodology: maj 2004, str. 12: „Pod uwagę brane są przede wszystkim: dochodowość, integralność bilansowa (włączając kapitalizację), ustabilizowana pozycja rynkowa, zarządzanie, środowisko działania, ciągłość oraz wielkość (w rozumieniu kapitału własnego banku)”.

⁽²²⁾ Powodem było, jak już wspomniano, osiągnięcie wskaźników wyraźnie przewyższających minimalne wymogi dla współczynników kapitału podstawowego (współczynnik kapitału podstawowego 4,0 %, współczynnik łączny lub współczynnik środków własnych 8,0 %) w przedmiotowym okresie, co jest decydującą różnicą w porównaniu z sytuacją WesLB. W 1997 r., tzn. przed wniesieniem kapitału, współczynnik kapitału podstawowego zgodnie z zasadą I do § 10a KWG (Prawo bankowe) wynosił dla koncernu Helaba 4,8 %, a dla banku Helaba 5,0 %. Zgodnie z zasadami Banku Rozrachunków Międzynarodowych współczynnik kapitału podstawowego (kategoria I) wynosił 5,4 % w roku 1997. Współczynnik łączny lub współczynnik kapitału własnego w 1997 r. wynosił 8,9 % lub 9,6 % dla koncernu oraz 9,2 % dla samego banku. Również zakładany plan rozwoju działalności banku Helaba w kolejnych latach obrachunkowych nie wykazywał bezpośredniej konieczności przyjęcia kapitału podstawowego w wysokości 1 264,4 mln EUR.

- (150) Komisja nie może zgodzić się z argumentami Niemiec. Rozważania Niemiec na temat siły finansowej lub ratingu indywidualnego pokazują o wiele bardziej, że wielkość kapitału własnego instytucji finansowej jest istotnym czynnikiem wpływającym na jakość ratingu, a przez to na wypłacalność. Z wcześniejszej perspektywy, tzn. w momencie uzgodnienia cichego wkładu między krajem związkowym Hesja oraz bankiem Helaba obie strony musiały założyć, że zaksięgowanie kapitału podstawowego w wysokości ok. 1,2 mld EUR wpłynie na dalszą poprawę wypłacalności banku. Przytoczony przez Niemcy ratingi siły finansowej agencji Moody's i Fitch pokazują właśnie, że dalsza poprawa była jak najbardziej możliwa, ponieważ najwyższy stopień jeszcze nie został osiągnięty. Fakt, że później nie zaobserwowano żadnych zmian ratingu finansowego, nie oznacza jeszcze, że nie doszło do pozytywnego wpływu na rating siły finansowej. Pozytywny wpływ znacznego zwiększenia kapitału podstawowego zapobiegł być może obniżeniu się ratingu siły finansowej z innych powodów lub szybszemu obniżeniu ratingu niż to miało miejsce w rzeczywistości, tzn. dopiero od 2001 r.
- (151) Oceniając potencjalny, wcześniej oceniany wpływ działania na wypłacalność banku i/lub na przyszłe warunki finansowania banku, Komisja przykłada osobne znaczenie do ratingu siły finansowej banku kraju związkowego obok długoterminowego ratingu przyznanego w związku z istniejącymi poręczeniami państwowymi Anstaltslast i Gewährträgerhaftung.
- (152) Odnośnie do przyszłego pozyskania kapitału obcego z punktu widzenia 1998 r., bank Helaba w 1998 r. i w latach następnych otrzymał najlepszą ocenę ratingową AAA/Aaa z powodu poręczeń państwowych Anstaltslast i Gewährträgerhaftung. Według informacji Komisji oraz zgodnie z wypowiedziami Niemiec konkretne koszty refinansowania banku, porównując także z innymi podobnymi bankami, zmieniają lub wahają się w określonym przedziale przy danej kategorii ratingu. Innymi słowy, z określonego, długoterminowego ratingu, tutaj AAA/Aaa, nie można wynioskować dokładnych i niezmiennych, w danym czasie określonych, kosztów refinansowania dla wszystkich banków o takim samym ratingu. Z doświadczenia wynika, że znaczenie miały również inne czynniki, jak siła finansowa banku Helaba w porównaniu do innych banków krajowych o takim samym długoterminowym ratingu przyznanym w związku z istniejącymi poręczeniami państwowymi Anstaltslast i Gewährträgerhaftung. Im większa siła finansowa banku Helaba, tym większe możliwości, aby przy konkretnych rokowaniach na temat warunków finansowania w obrębie kategorii ratingu AAA/Aaa uzyskać możliwie najkorzystniejsze warunki refinansowania na rynku dla kategorii AAA/Aaa. Ponadto zależność od ratingu gwaranta (Gewährträger) zmniejsza się, tzn. przy ewentualnym pogorszeniu się jego ratingu, którego nie można było wcześniej wykluczyć, bank Helaba mógłby argumentować swoją indywidualną siłą finansową, aby utrzymać korzystne warunki refinansowania.
- (153) Odnośnie do przyszłego pozyskania kolejnych środków własnych z punktu widzenia roku 1998, które rzeczywiście miało miejsce w 2001 r. w formie cichego udziału, to wysoki, ujęty w bilansie bufor kapitałowy zmniejsza prawdopodobieństwo utraty tego nowego kapitału w przypadku upadłości, przy założeniu, że gwarancja starego i nowego kapitału jest równorzędna. Niemcy twierdziły, że równorzędność gwarancji jest regułą dla cichych udziałów. Z punktu widzenia roku 1998 nie można było wykluczyć, że nowi inwestorzy mogliby tego żądać.
- (154) Na pytanie Komisji Niemcy wyjaśniły ponadto, że w rozumieniu § 10 ust. 4 KWG (Prawo bankowe) ochrona, jaką dają poręczenia publiczne Anstaltslast i Gewährträgerhaftung, nie obejmuje cichych udziałów. Wynika to bezpośrednio z umownie ustalonego udziału w stratach jako warunku dla uznania za obowiązkowe środki własne. W ten sposób inwestor nie jest traktowany jak wierzyciel banku i w związku z tym nie obejmuje go nieograniczona odpowiedzialność udziałowców za zobowiązania (Gewährträgerhaftung). Nie korzysta on również z konieczności zapewnienia płynności (Anstaltslast), ponieważ z tego wynika tylko obowiązek zapewnienia instytucji podstawy ekonomicznej oraz depozytów koniecznych do prowadzenia zwyczajowej działalności. W każdym razie nie wyklucza to udziału osób trzecich w stratach. Zasadniczo wysokość strat nie może przekraczać obowiązkowych środków własnych. W ten sposób interesy majątkowe cichego udziałowca nie są chronione przez interwencję gwaranta w związku z jego obowiązkiem do zapewnienia płynności (Anstaltslast). Ponieważ inwestorzy wnoszący środki własne nie są chronieni przez poręczenia publiczne Anstaltslast i Gewährträgerhaftung, wzmocniona lub pozostająca na tym samym poziomie indywidualna siła finansowa banku Helaba z punktu widzenia roku 1998 miała, zdaniem Komisji, pozytywny wpływ na przyszłe warunki, na których bank Helaba mógł pozyskiwać dalsze środki własne, jak ciche udziały.
- (155) Podsumowując, Komisja stwierdza, że znaczne zwiększenie współczynnika kapitału podstawowego, możliwe dzięki natychmiastowemu zaksięgowaniu cichego udziału w 1998 r., jest przynajmniej z wcześniejszego punktu widzenia decydującym czynnikiem oceny indywidualnej siły finansowej oraz przyszłych warunków finansowania i w związku z tym stanowi korzyść dla banku Helaba, niezależnie od kwestii, czy kwota ta została użyta na pokrycie działalności komercyjnej. Inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi, który poprzez natychmiastowe zaksięgowanie w bilansie całego wniesionego kapitału wystawiłby go w całości na ryzyko utraty w przypadku upadłości, zażądałby w zamian odpowiedniego wynagrodzenia. Z drugiej jednak strony bank Helaba zgodził się na wynagrodzenie ze względu na przynajmniej potencjalnie istniejącą korzyść, której urzeczywistnienie zależało od przyszłego rozwoju sytuacji, którego z kolei nie można było dokładnie przewidzieć w 1998 r. W tym punkcie Komisja przychyliła się ostatecznie do zdania skarżącego BdB.

d) **Odpowiednie wynagrodzenie za wniesiony kapitał oraz porównanie z rzeczywiście zapłaconym wynagrodzeniem**

(1) Ocena, czy wynagrodzenie za kapitał wykorzystany do pokrycia działalności komercyjnej było wynagrodzeniem rynkowym

(aa) Uwaga wstępna

(156) Jak już wyjaśniono Komisja traktuje przyjęcie kapitału uzgodnione między krajem związkowym Hesja a bankiem Helaba jako cichy udział. W ten sposób do oceny zgodności z rynkiem tego konkretnie ustalonego wynagrodzenia miarodajne jest, czy mieści się ono w przedziale wynagrodzeń rynkowych za ekonomicznie i prawnie porównywalne transakcje, których przedmiotem są ciche udziały.

(157) Zdaniem Niemiec, porównując cichy udział kraju związkowego Hesja z cichymi udziałami na rynku, należy uwzględnić efekt podatku od działalności gospodarczej – w przypadku cichego wkładu banku Helaba - 0,26 % p.a. Od wynagrodzenia w wysokości 1,4 % bank Helaba musi dodatkowo zapłacić podatek od działalności gospodarczej, którego nie płaci kraj związkowy Hesja, w związku z tym łączne obciążenie wynosi 1,66 % (przed opodatkowaniem). Firmy inwestujące w Niemczech płacą podatek od działalności gospodarczej od udziałów w zyskach z tytułu cichych udziałów. Kraj związkowy Hesja nie płaci jednak podatku od działalności gospodarczej. W przeciwieństwie do tego bank Helaba musi płacić podatek od działalności gospodarczej od cichych wkładów. Inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi zażądałaby wyższego wynagrodzenia niż kraj związkowy, aby zrównoważyć obciążenie podatkiem od działalności gospodarczej. I odwrotnie, bank Helaba zapłaciłby takiemu inwestorowi marżę od wynagrodzenia, ponieważ nie stanowi to dla niego różnicy, czy zapłaci marżę od wynagrodzenia dla inwestora, czy podatek od działalności gospodarczej do urzędu skarbowego.

(158) Komisja uznaje słuszność uwagi BdB, że podatek od działalności gospodarczej odprowadzany w dużej mierze nie do kraju związkowego, ale do gminy, nie jest składnikiem wynagrodzenia oraz że to obciążenie wynika z przepisów prawa, niezależne od intencji stron. Jednakże BdB nie dostrzega, że przy porównaniu rynkowym ostatecznie nie chodzi o to, czy podatek od działalności gospodarczej jest składnikiem wynagrodzenia, czy nie. Ważniejsze jest uwzględnienie w porównaniu rynkowym specjalnej sytuacji banku Helaba w momencie przyjmowania cichego udziału kraju związkowego Hesja, a przy tym również istniejące szczególne obciążenie, które nie miałoby miejsca w przypadku przyjęcia cichych udziałów od inwestujących przedsiębiorstw.

(159) Ostatecznie Komisja przychyliła się do zdania Niemiec, że w porównaniu rynkowym należy doliczyć podatek od działalności gospodarczej w wysokości 0,26 % p.a., który musi zapłacić bank Helaba, do wynagrodzenia w wysokości 1,40 % p.a., co daje łączne obciążenie w wysokości 1,66 %

p.a. Według informacji Niemiec podatek od działalności gospodarczej można podzielić stosunkowo na oba składniki wynagrodzenia, mianowicie 0,23 % p.a. na uzgodnione wynagrodzenie początkowe w wysokości 1,2 % p.a. oraz 0,03 % na marżę za bezterminowość, która wynosi 0,2 %. Do celów porównania rynkowego należy zatem przyjąć: dla wynagrodzenia wyjściowego stopę w wysokości 1,43 % p.a., a dla marży za bezterminowość stawkę w wysokości 0,23 % p.a.

(bb) Zgodność ustalonego wynagrodzenia wyjściowego w wysokości 1,2 % p.a. z wynagrodzeniem rynkowym (stopa 1,43 % p.a. istotna dla porównania rynkowego, z uwzględnieniem podatku od działalności gospodarczej)

(160) Wynagrodzenie wyjściowe za przedmiotowy cichy udział, należy, zakładając metodykę zastosowaną przez kraj związkowy Hesja oraz bank Helaba, obliczyć na podstawie cichych udziałów o określonym czasie trwania, których inne parametry są jednak porównywalne. Kwestia odpowiedniego wynagrodzenia za bezterminowość cichego udziału kraju związkowego Hesja w odniesieniu do marży na to wynagrodzenie wyjściowe zostanie zbadana oddzielnie w lit. bb).

(161) Niemcy przedłożyły obszerne dane dotyczące wynagrodzenia za ciche udziały w momencie wniesienia na koniec 1998 r. oraz przed i po tym terminie.

(162) Zdaniem Niemiec, porównując marżę na ciche udziały, należy rozróżnić według stopy referencyjnej. Jeżeli w przypadku zmiennego łącznego wynagrodzenia marżę na wynagrodzenie odniesie się do (zmiennej) stopy depozytów pieniężnych na rynku międzybankowym (Libor lub Euribor), tzn. do stopy refinansowania dla pierwszorzędných banków, odpowiada ona wynagrodzeniu gwarancyjnemu za ciche udziały i nie ma potrzeby jej dalszego dostosowywania. Jeżeli w przeciwieństwie do tego, w przypadku stałego łącznego wynagrodzenia marżę na wynagrodzenie odniesie się do (stałej) stopy papierów wartościowych o stałym oprocentowaniu (z reguły zysk z dziesięcioletnich obligacji państwowych), marża na wynagrodzenie składa się z (ogólnej) marży za refinansowanie banku w stosunku do państwa za przysporzenie płynności oraz ze szczególnego wynagrodzenia gwarancyjnego za cichy udział. Zatem dla porównania wynagrodzenia gwarancyjnego z wynagrodzeniami gwarancyjnymi na rynku depozytów pieniężnych należy w tym przypadku od marży na wynagrodzenie odjąć marżę za refinansowanie. I przeciwnie, w przypadku aportów, jakim jest cichy udział kraju związkowego Hesja, marża na wynagrodzenie zwyczajowo jest taka sama jak wynagrodzenie gwarancyjne, tak jak to jest w przypadku zmiennie oprocentowanych instrumentów na rynku depozytów pieniężnych.

(163) Z tego wynika, że wynagrodzenie za cichy udział kraju związkowego Hesja jako aportu można bezpośrednio

porównać z narzutami na wynagrodzenia na rynku depozytów pieniężnych (tzn. ze zmiennymi wynagrodzeniami łącznie), ponieważ odpowiadają one wynagrodzeniom gwarancyjnym. I przeciwnie, przy porównaniu z łącznymi wynagrodzeniami na rynku papierów wartościowych o stałym oprocentowaniu należy od nich odjąć narzut

za refinansowanie (zasadniczo ok. 20 do 40 punktów bazowych, niezależnie od krótkotrwałych odchyżeń w górę lub w dół, w interesującym okresie zgodnie z danymi Niemiec ⁽²³⁾), aby obliczyć szczególne wynagrodzenie gwarancyjne za cichy udział.

- (164) Opierając się na informacjach przekazanych przez Niemcy, Komisja przeprowadziła porównanie rynkowe na podstawie porównywalnych transakcji przytoczonych w poniższym zestawieniu, które były znane krajowi związkowemu Hesja i bankowi Helaba albo w momencie przeprowadzania transakcji na koniec 1998 r., albo, jeżeli miały miejsce dopiero kilka miesięcy później, ze względu na to, że nie są odległe w czasie, pozwalają na wyciągnięcie wniosków na temat warunków na rynku panujących w momencie przeprowadzania transakcji na koniec 1998 r.:

Miarodajne porównywalne transakcje ⁽²⁴⁾

Opis transakcji	Wartość	Czas trwania	Rating wypłacalności/produktów	Marża na wynagrodzenie p.a. (pkt. bazowe)	Stopa refinansowania i ew. korekta ⁽²⁵⁾ marży na wynagrodzenie przez odjęcie marży za refinansowanie	Wynagrodzenie gwarancyjne miarodajne dla celów porównawczych
Cichy udział kas oszczędnościowych w Hesji i Turynii wniesiony do banku Helaba w grudniu 1997 r.	300 mln DEM	10 lat	Rating wypłacalności: Aaa/AAA (z powodu poręczeń państwowych) Rating produktów: ?	1,2 %	10-letnie obligacje federalne (korekcyjne potrącenie 20-40 pkt. bazowych)	80-100 pkt. bazowych
Transza cichego udziału w USD wniesionego do Deutsche Bank w styczniu 1998 r., stałe oprocentowanie	1 transza o wartości 700 mln USD	10 lat	Rating wypłacalności: AAA/Aa1 Rating produktów: AA-	80 pkt. bazowych	Libor 12M (bez korekty)	80 pkt. bazowych
Transza cichego udziału w USD wniesionego do Deutsche Bank w styczniu 1998 r., oprocentowanie zmienne	2 transza o wartości 700 mln USD	10 lat	Rating wypłacalności: AAA/Aa1 Rating produktów: AA-	140 pkt. bazowych	10-letnie amerykańskie obligacje skarbowe (korekcyjne potrącenie 65 pkt. bazowych ⁽²⁶⁾)	75 pkt. bazowych
Transza cichego udziału wniesionego do banku SGZ w październiku 1998 r., oprocentowanie zmienne	50 mln DEM	10 lat	Rating wypłacalności: A1/A+ Rating produktów: ?	120 pkt. bazowych	Libor 12M (bez korekty)	120 pkt. bazowych

⁽²³⁾ Patrz uwagi Niemiec z dnia 9 kwietnia 2003 r., załącznik 15-16. Dane dotyczą marży za refinansowanie dla banków ze strefy euro w stosunku do obligacji federalnych oraz marży za refinansowanie obligacji bankowych (10-letnie hipoteczne listy zastawne) w stosunku do obligacji federalnych. Z braku danych odnośnie do odpowiedniej marży za refinansowanie w porównaniu z amerykańskimi obligacjami skarbowymi oraz w związku z ekonomiczną porównywalnością Komisja stosuje wymieniony przedział marż za refinansowanie również dla amerykańskich obligacji skarbowych, ponieważ nie chodzi o dokładne liczby, ale o wielkości orientacyjne do obliczenia przedziału dla miarodajnego wynagrodzenia gwarancyjnego.

Miarodajne porównywalne transakcje ⁽²⁴⁾

Opis transakcji	Wartość	Czas trwania	Rating wypłacalności/produktów	Marża na wynagrodzenie p.a. (pkt. bazowe)	Stopa refinansowania i ew. korekta ⁽²⁵⁾ marży na wynagrodzenie przez odjęcie marży za refinansowanie	Wynagrodzenie gwarancyjne miarodajne dla celów porównawczych
Cichy udział wniesiony do HypoVereinsbank w grudniu 1998 r.	1 transza w wysokości 1,2 mld DEM ⁽²⁷⁾	10 lat	Rating wypłacalności: Aa2, Aa3/AA- Rating produktów: A2	160 pkt. bazowych	DEM Libor (bez korekty)	160 pkt. bazowych
Transza w euro, cichy udział wniesiony do Dresdner Bank w maju 1999 r.	500 mln EUR	12 lat	Rating wypłacalności: Aa1/AA Rating produktów: Aa2; A+	165 pkt. bazowych	10-letnie niemieckie obligacje federalne (korekcyjne potrącenie 20-40 pkt. bazowych)	125-145 pkt. bazowych
Transza w USD, cichy udział wniesiony do Dresdner Bank w maju 1999 r.	1 mld USD	32 lata	Rating wypłacalności: Aa1/AA Rating produktów: Aa2; A+	215 pkt. bazowych	30-letnie amerykańskie obligacje skarbowe (korekcyjne potrącenie 65 pkt. bazowych ⁽²⁸⁾)	150 pkt. bazowych
Cichy udział wniesiony do HypoVereinsbank w maju 1999 r.	500 mln EUR	12 lat	Rating wypłacalności: Aa2, Aa3/AA- Rating produktów: ?	125 pkt. bazowych	Euribor 12M (bez korekty)	125 pkt. bazowych
Transza w euro, obligacje bezterminowe wniesione do Deutsche Bank w lipcu 1999 r.	500 mln EUR	nieograni-czony	Rating wypłacalności: Aa3/AA Rating produktów: A1	Łącznie 6,6 % (odpowiada 115 pkt. bazowym)	Odpowiada 30-letnim obligacjom federalnym (korekcyjne potrącenie 20-40 pkt. bazowych)	75-95 pkt. bazowych
Transza w USD, obligacje bezterminowe wniesione do Deutsche Bank w lipcu 1999 r.	200 mln USD	nieograni-czony	Rating wypłacalności: Aa3/AA Rating produktów: A1	Łącznie 7,75 % (odpowiada 160 pkt. bazowym)	Odpowiada 30-letnim amerykańskim obligacjom skarbowym (korekcyjne potrącenie 65 pkt. bazowych)	95 pkt. bazowych

⁽²⁴⁾ Patrz przede wszystkim uwagi Niemiec z dnia 9 kwietnia 2003 r., załączniki 2-4, 8-12, 17-18.

⁽²⁵⁾ Korekta w drodze potrącenia podjęta przez Komisję na podstawie danych przedstawionych przez Niemcy.

⁽²⁶⁾ Marża za refinansowanie w stosunku do amerykańskich obligacji skarbowych o takim samym czasie trwania, patrz uwagi Niemiec z dnia 9 kwietnia 2003 r., str. 27.

⁽²⁷⁾ Druga transza o stałym oprocentowaniu, ale porównywalne warunki.

⁽²⁸⁾ Marża za refinansowanie w stosunku do amerykańskich obligacji skarbowych o takim samym czasie trwania, patrz uwagi Niemiec z dnia 9 kwietnia 2003 r., str. 27.

- (165) Z tabeli zawierającej miarodajne porównywalne transakcje wynika przedział rynkowych, miarodajnych wynagrodzeń gwarancyjnych od 0,75 % do 1,6 % p.a. Na poparcie tego twierdzenia Niemcy przedłożyły zestawienie banku inwestycyjnego [...] przedstawiające zmiany wynagrodzeń gwarancyjnych za hybrydowe instrumenty kapitału podstawowego notowane w euro za okres od grudnia 2001 r. do lipca 2004 r. ⁽²⁹⁾ Wynagrodzenie gwarancyjne (marża na stawkę Libor) we wszystkich klasach ratingowych mieści się w tym okresie w przedziale między górną granicą 2,25 % p.a. (na przełomie lat 2002/2003) a dolną granicą ok. 0,8 % p.a. (w roku 2004), przy czym średnią wartością dla tego okresu jest 1,5 % p.a. Zgodnie z zestawieniem wartość ta dla instytucji kredytowych ocenionych na A lub lepiej jest o ok. 10 do 20 punktów bazowych niższa, a dla instytucji kredytowych ocenionych na BAA wyższa o ok. 10 do 250 punktów bazowych w najgorszym (krótkim) okresie wiosną 2003 r.
- (166) Komisja jest świadoma, że wynagrodzenia rynkowe wymienione w tabeli ujmują problem tylko ogólnie. Transakcje różnią się od siebie pod wieloma względami, w szczególności odnośnie do ratingu banków-emitentów, wartości oraz przyjętej stopy referencyjnej. Czynniki te mają decydujący wpływ na ceny i należałoby je metodycznie podzielić ze względu na ich różny wpływ na cenę, wykonując dodatkowe badania rynku.
- (167) Zdaniem Komisji można jednak zrezygnować z takiego dodatkowego badania rynku, przeprowadzając ocenę cichego udziału kraju związkowego Hesja pod względem zgodności z rynkiem z punktu widzenia przepisów o pomocy państwa. Wystarczy, że Komisja przekona się na podstawie przedstawionych tendencji, że uzgodnione wynagrodzenie mieści się w przedziale rynkowym.
- (168) Można więc stwierdzić, że wartość przytoczonych porównywalnych transakcji wynosi od mniej niż 50 mln DEM (ok. 25 mln EUR) do ok. 1 mld USD (w zależności od kursu wymiany ok. 1 mld EUR). Wartość cichego udziału kraju związkowego Hesja wynosi ok. 1,2 mld EUR, czyli przekracza nieznacznie powyższe wartości. Komisja przychyliła się jednak do zdania Niemiec, że cichy udział kraju związkowego Hesja w związku z powyżej przedstawionym modelem stopniowym można porównać do następujących po sobie, czterech mniejszych cichych udziałów, każdy o wartości ok. 150 mln EUR i 300 mln EUR. Bank Helaba nie potrzebował natychmiastowego zastrzyku tak dużej kwoty, lecz mógł sukcesywnie pozyskać ciche udziały na rynku
- zgodnie ze swoim planem działania. Komisja przyjmuje do wiadomości, że przyjęcie niepodzielonego cichego udziału przez bank Helaba leżało przede wszystkim w interesie Niemiec po to, by zapobiec podziałowi majątku funduszu.
- (169) Z drugiej jednak strony cichy udział kraju związkowego Hesja, nawet jeśli składał się z kilku części, zwiększył się udział cichych udziałów w kapitale podstawowym banku Helaba do ok. [...] %. Zdaniem Niemiec jest to znacznie więcej niż zwyczajowy udział hybrydowych instrumentów kapitału podstawowego w bankach prywatnych ⁽³⁰⁾. Komisja zakłada, że prywatny inwestor zażądałby tym wyższego wynagrodzenia, im wyższy jest udział hybrydowych kapitałów podstawowych w stosunku do kapitału zakładowego, ponieważ wtedy wzrasta prawdopodobieństwo wykorzystania cichych udziałów w stosunku do kapitału zakładowego, jeżeli bank będzie miał trudności. Niemcy zaprzeczają temu, twierdząc, że ciche udziały gwarantują równorzędnie, a później przyjęte ciche udziały w żadnym razie nie gwarantują pierwszorzędnie. Niezależnie od stosunku gwarancyjnego cichych udziałów między sobą, Komisja widzi zwiększone ryzyko również w tym, że przy wysokim stosunku cichych udziałów w kapitale podstawowym w razie potrzeby ciche udziały pokrywają więcej ryzykownych aktywów banku, i w ten sposób zmniejsza się działanie bufora kapitału zakładowego, tak że prawdopodobieństwo ich wykorzystania w przypadku straty jest większe lub też spadnie prędkość ich ponownego uzupełnienia przy poprawionej dochodowości. Niemcy twierdzą ponadto, że z danych rynkowych nie wynika, iż inwestorzy wnoszący ciche udziały w przedsiębiorstwo, które już ma zwiększony stosunek cichych udziałów, zażądałby również wyższego wynagrodzenia gwarancyjnego. Komisja przyjmuje to do wiadomości i uważa, że metodyczna kwantyfikacja takiego narzutu na potrzeby tej decyzji nie jest możliwa. Komisja uważa jednak, że to może przemawiać za tym, że inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi nie zaakceptowałby wynagrodzenia w dolnej części przedziału rynkowego.
- (170) W przeciwieństwie do Niemiec Komisja uważa, że najwyższa ocena ratingowa AAA/Aaa dla banku Helaba na koniec 1998 r. przyznana na podstawie istniejących poręczeń państwowych Anstaltslast i Gewährträgerhaftung, jest niemiarodajna do zbadania wynagrodzenia za cichy udział. Jak wyjaśniono powyżej, interesy majątkowe cichego udziałowca nie są chronione przez interwencję gwaranta w związku z jego obowiązkiem do zapewnienia płynności (Anstaltslast).

⁽²⁹⁾ Odpowiedź Niemiec z dnia 23 sierpnia 2004 r., załącznik 6.

⁽³⁰⁾ Odpowiedź Niemiec z dnia 23 sierpnia 2004 r., str. 11-12. W tam wymienionych [...] prywatnych bankach niemieckich [...], [...] i [...] udział ten wzrósł z ok. 5 % w roku 1998 na ok. 20-30 % w roku 2003. Zgodnie z informacjami Niemiec udział banku Helaba mieści się w przedziale obserwowanym dla banków krajów związkowych od 33 % do 72 %.

- (171) Komisja wyciąga z tego wniosek, że ocena ratingowa przyznana na podstawie poręczeń państwowych Anstaltslast i Gewährträgerhaftung nie może być wskazówką co do ryzyka, jakie przyjmuje na siebie inwestor. Zdaniem Komisji bardziej miarodajny jest długoterminowy rating bez poręczeń państwowych. W tym kontekście Niemcy wyjaśniają, że nie da się ustalić takiej oceny ratingowej na koniec 1998 r., ponieważ odpowiednia metoda przyznawania ocen ratingowych dla banków krajów związkowych została opracowana dopiero po zniesieniu poręczeń państwowych, tzn. po 2001 r. lub 2002 r. Na potrzeby niniejszej decyzji Komisja zakłada więc, że inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi założyłby dla banku Helaba podobne ryzyko strat jak dla inwestycji w jeden z dużych banków prywatnych ujętych w porównaniu rynkowym, który również miałby ocenę ratingową A, a nie obniżone ryzyko zgodnie z najlepszą możliwą oceną ratingową AAA. Nie wydaje się zatem, że wykazano zmniejszenie odpowiedniej marży na wynagrodzenie w stosunku do porównywalnych danych rynkowych; te ostatnie można znacznie prościej pozyskać bezpośrednio.
- (172) Z powyższych powodów Komisja uważa, że wynagrodzenie za cichy udział kraju związkowego Hesja w dolnej części przedziału rynkowego byłoby już niezgodne z rynkowym. W oparciu o ustalony przedział rynkowy dla wynagrodzenia gwarancyjnego za ciche udziały od 0,75 % do 1,6 % miarodajna porównywalna wielkość dla cichego udziału kraju związkowego Hesja wynosi 1,43 % (uwzględniając efekt podatku od działalności gospodarczej), czyli znajduje się po środku lub w górnych wartościach przedziału. W związku z powyższym Komisja jest zdania, że odnośnie do wynagrodzenia wyjściowego nie ma podstaw do stwierdzenia uprzywilejowania banku Helaba i w związku z tym pomocy państwa.
- (cc) Rynkowa zgodność uzgodnionej marży za bezterminowość w wysokości 0,2 % p.a. (stopa 0,23 % p.a. istotna dla porównania rynkowego, z uwzględnieniem podatku od działalności gospodarczej)
- (173) Cichy udział kraju związkowego Hesja jest bezterminowy i stanowi zgodnie z terminologią międzynarodową perpetual. Tym odróżnia się od większości innych transakcji przytoczonych przez Niemcy w porównaniu, które w latach 90-tych były już postrzegane jako typowe, a których okres trwania wynosił z reguły od 10 do 12 lat.
- (174) Bezterminowość powoduje, że przewidywanie rynku jest abstrakcyjne i w związku z tym dla inwestora wzrasta ryzyko strat i ryzyko zmian oprocentowania, które ma wyrównać marża, przy czym ryzyko zmian oprocentowania nie gra niniejszym roli z racji braku płynności kapitału.
- Poza tym kraj związkowy ograniczył swoje możliwości dysponowania cichym udziałem silniej, niż zwyczajowo miałoby to miejsce w przypadku inwestycji o ograniczonym czasie trwania.⁽³¹⁾ Z drugiej strony bezterminowość cichego udziału przynosi większą korzyść ekonomiczną dla banku Helaba, ponieważ może on być uznany za kapitał podstawowy powyżej granicy 15 %, i w tym konkretnym przypadku tak się stało. Odpowiednią regulację zawiera ww. „Deklaracja z Sydney” Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego z października 1998 r.
- (175) Z tych powodów kraj związkowy Hesja oraz bank Helaba uzgodniły kolejną marżę na wynagrodzenie podstawowe, tzw. marżę za bezterminowość w wysokości 0,2 % p.a. Uwzględniając powyżej wyjaśniony efekt podatku od przedsiębiorstw, stopa miarodajna do porównania rynkowego wzrasta do 0,23 % p.a.
- (176) Oceniając, czy stawka 0,23 % p.a. jest zgodna z zasadą rynkowego działania inwestora, Komisja nie mogła lub mogła tylko w ograniczonym zakresie oprzeć się na danych rynkowych z okresu transakcji. Jak przedstawiają to Niemcy, bank Helaba i kraj związkowy Hesja przeprowadziły w pewnym sensie pionierską transakcję na rynku po to, aby odpowiednie władze nadzorcze i finansowe uznały za kapitał podstawowy pełną kwotę powyżej granicy 15 %. Według informacji Niemiec była to pierwsza transakcja tego typu. Strony umowy nie dysponowały na koniec 1998 r. porównywalnymi danymi odnośnie do zgodności marży za bezterminowość z sytuacją rynkową, ponieważ w czasie między „Deklaracją z Sydney” z dnia 28 października 1998 r. a dniem 1 grudnia 1998 r. nie mógł powstać przejrzysty rynek cichych udziałów.
- (177) Komisja zauważa wstępnie, że nie można zabronić publicznemu inwestorowi lub bankowi podejmowania pionierskich działań na rynku. Pionierowi należy wręcz przyznać większą uznaniowość przy ustalaniu warunków, niż ma to miejsce w przypadku odnośników już stosowanych na rynku, które wyznaczają miarodajne przedziały rynkowe, i przy pomocy których należy przeprowadzić test rynkowy. W każdym razie Komisja może zbadać, czy ustalenie marży za bezterminowość wynikało jednoznacznie z błędnego osądu, który na przykład opierał się na niewłaściwych założeniach.
- (178) Zastępczo należy więc użyć w badaniu dane rynkowe z późniejszego okresu. Zdaniem Komisji nie ma powodu zakładać, że dopłata za bezterminowość cichego udziału zmienia się znacznie w miarę upływu czasu. Istotnie, nie
- ⁽³¹⁾ Nie oznacza to automatycznie, że kraj związkowy związał się z bankiem Helaba „na wieczność” lub że już nigdy nie może dysponować środkami przeznaczonymi na cichy udział. Kraj związkowy może scedować prawa z cichego udziału – przynajmniej za zgodą banku Helaba – na osoby trzecie, otrzymując odpowiednie wynagrodzenie. Co oznacza, że wymiennosc cichego udziału nie konieczne została zredukowana do zera.

ma danych rynkowych odnośnie do wysokości marży za bezterminowość. Instrument bezterminowych obligacji (perpetuals), do których zalicza się także bezterminowy

cichy udział, stosowany jest na rynku dopiero od czasu Deklaracji z Sydney w październiku 1998 r., a przede wszystkim od 1999 r.

- (179) Z tego powodu Niemcy nie przedłożyły do (pomocniczo przeprowadzonego później) porównania rynkowego wyodrębnionych danych dotyczące wysokości odpowiedniej marży za bezterminowość, ale raczej ogólne, dostrzegalne na rynku ceny bezterminowych obligacji (perpetuals) lub cichych udziałów od 1999 r. (za bezterminowe uważa się na rynku również depozyty o czasie trwania 30 lat i dłużej). Dane te zostały zestawione w poniższych tabelach, przy czym bezterminowe obligacje (perpetuals) z roku 1999 ujęte w górnej tabeli zostały wymienione ponownie w celu zapewnienia ich kompletności:

Miarodajne porównywalne transakcje ⁽³²⁾

Opis transakcji	Wartość	Czas trwania	Rating wypłacalności/produktów	Marża na wynagrodzenie p.a. (pkt. bazowe)	Stopa refinansowania i ew. korekta ⁽³³⁾ marży na wynagrodzenie przez odjęcie marży za refinansowanie	Wynagrodzenie gwarancyjne miarodajne dla celów porównawczych
Transza w USD, cichy udział wniesiony do Dresdner Bank w maju 1999 r.	1 mld USD	32 lata	Rating wypłacalności: Aa1/AA Rating produktów: Aa2; A+	215 pkt. bazowych	30-letnie amerykańskie obligacje skarbowe (korekcyjne potrącenie 65 pkt. bazowych ⁽³⁴⁾)	150 pkt. bazowych
Transza w euro, obligacje bezterminowe wniesione do Deutsche Bank w lipcu 1999 r.	500 mln EUR	nieograniczony	Rating wypłacalności: Aa3/AA Rating produktów: A1	Stała 6,6 % (odpowiada 115 pkt. bazowym)	Odpowiada 30-letnim obligacjom federalnym (korekcyjne potrącenie 20-40 pkt. bazowych)	75-95 pkt. bazowych
Transza w USD, obligacje bezterminowe wniesione do Deutsche Bank w lipcu 1999 r.	200 mln USD	nieograniczony	Rating wypłacalności: Aa3/AA Rating produktów: A1	Stała 7,75 % (odpowiada 160 pkt. bazowym)	Odpowiada 30-letnim amerykańskim obligacjom skarbowym (korekcyjne potrącenie 65 pkt. bazowych)	95 pkt. bazowych
Deutsche Bank z grudnia 2003 r.	300 mln EUR	nieograniczony	Rating produktów: A2/A	Stała 6,15 % (odpowiada 99 pkt. bazowym ponad mid swaps)	Odpowiada mid swaps (bez korekty)	99 pkt. bazowych

⁽³²⁾ Patrz szczególnie uwagi Niemiec z dnia 9 kwietnia 2003 r., załączniki 2-4, 8-12, 17-18.

⁽³³⁾ Korekta w drodze potrącenia podjęta przez Komisję na podstawie danych przedstawionych przez Niemcy.

⁽³⁴⁾ Marża za refinansowanie w stosunku do amerykańskich obligacji skarbowych o takim samym czasie trwania, patrz uwagi Niemiec z dnia 9 kwietnia 2003 r., str. 27.

- (180) Nieliczne przytoczone dane porównawcze dla bezterminowych obligacji (perpetuals) nie powodują zmiany porównywalnego przedziału rynkowego w stosunku do cichych udziałów z określonym czasem trwania. Teoria ekonomii mówi, że inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi z pewnością żąda marży za bezterminowość w porównaniu z takim samym cichym udziałem o określonym czasie trwania, aby wyrównać dodatkowe ryzyko straty w związku z dłuższym zaangażowaniem. Z przedłożonych danych wynika w każdym razie, że na rynku bezterminowych obligacji (perpetuals) nie żąda się bynajmniej dużo wyższego wynagrodzenia gwarancyjnego niż za ciche udziały o określonym czasie trwania. Wniosek ten, którego w obliczu niewystarczającej liczby porównywalnych transakcji z pewnością nie można określić jako nie do podważenia, sprawia, że argumentacja Niemiec staje się bardziej spójna, że bezterminowość nie przekształca cichego udziału w instrument kapitałowy innego rodzaju, jak twierdzi BdB.
- (181) Niemcy przedłożyły rachunek porównawczy marży za bezterminowość dla bezterminowych transakcji w euro (perpetual) w Deutsche Bank w lipcu 1999 r. z terminowymi transakcjami Dresdner Bank w maju 1999 r. ⁽³⁵⁾. Obligacje bezterminowe Deutsche Bank z lipca 1999 r. wykazują łączne wynagrodzenie w wysokości 6,6 % p.a. (patrz tabela powyżej). Dnia 1 lipca 1999 r. ogólny zysk z 10-letnich obligacji federalnych wynosił 4,66 % p.a., tak że marża na wynagrodzenie bazująca na tej stopie wynosiła 1,94 % p.a. ⁽³⁶⁾. Wynagrodzenie transzy w euro 12-letniego cichego udziału Dresdner Bank z maja 1999 r. wynosiło 1,65 powyżej 10-letnich obligacji federalnych. Z tego wynika różnica 0,29 % p.a. Przewyższa to tylko nieznacznie uzgodnioną marżę w wysokości 0,20 % p.a. (0,23 % p.a. po uwzględnieniu efektu podatku od działalności gospodarczej). Różnica jest trochę większa również z tego powodu, że obligacje bezterminowe Deutsche Bank, ocenione przez Moody's na poziomie A1, otrzymały gorszy rating, niż cichy udział przyjęty przez Dresdner Bank, oceniony na Aa2, w związku z tym wymagały następnie wyższego wynagrodzenia.
- (182) Komisja uważa, że ten rachunek porównawczy jest spójny, zwłaszcza uwzględniając ograniczoną ilość danych za okres 1998/1999, co nie może świadczyć na niekorzyść kraju związkowego Hesja i banku Helaba. Wartość 0,29 %, wynikająca z rachunku porównawczego, jest tylko nieznacznie wyższa niż uzgodniona między krajem związkowym Hesja a bankiem Helaba marża za bezterminowość w miarodajnej wysokości 0,23 %. Ponadto przynajmniej część zwiększonej różnicy da się wyjaśnić różnicami w ocenie ratingowej produktów, które przy alternatywnym
- porównaniu terminowego cichego udziału banku Helaba z bezterminowym powinny być mniejsze w związku z tym, że chodzi o tego samego emitenta.
- (183) W związku z powyższym Komisja nie ma podstaw do stwierdzenia, że stopa porównawcza w wysokości 0,23 % p.a., miarodajna dla marży za bezterminowość, znajduje się poniżej przedziału rynkowego, i że mamy w związku z tym do czynienia ze sprzyjaniem bankowi Helaba, tzn. z pomocą państwa.
- (dd) Odpowiednie uwzględnienie wad płynności
- (184) Można uznać jak dotychczas zgodne argumenty Niemiec, banku Helaba oraz BdB odnośnie do wad płynności, że „normalne” wniesienie kapitału do banku przysparza mu zarówno płynności, jak i środków własnych, które są konieczne do rozszerzenia działalności w świetle przepisów nadzoru bankowego. Aby bank mógł w pełni wykorzystać kapitał, tzn. rozszerzyć aktywa ważone 100 %-towym ryzykiem o współczynnik 12,5 (tzn. 100 podzielone przez współczynnik wypłacalności 8 %), musi się on refinansować na rynkach kapitałowych 11,5 razy. Mówiąc prościej, różnica 12,5 razy otrzymanych i 11,5 razy zapłaconych odsetek od tego kapitału minus inne koszty banku (np. koszty administracyjne) daje zysk z kapitału własnego ⁽³⁷⁾. Cichy udział kraju związkowego Hesja nie przysparza bankowi Helaba początkowo płynności – ponieważ przeniesiony majątek oraz wszystkie dochody funduszu są zgodnie z prawem zastrzeżone dla funduszu wspierającego budownictwo – zatem bank Helaba poniósł dodatkowe koszty finansowania w wysokości kwoty kapitału, kiedy pozyskiwał konieczne środki na rynkach finansowych, aby w pełni wykorzystać możliwości transakcyjne stworzone dzięki dodatkowemu kapitałowi własnemu, tzn. aby rozszerzyć aktywa ważone ryzykiem o 12,5-krotność kwoty kapitału (lub utrzymać aktywa w tej wysokości) ⁽³⁸⁾. Z powodu dodatkowych kosztów, które nie powstałyby w przypadku wniesienia płynnego kapitału własnego, przy obliczaniu odpowiedniego wynagrodzenia konieczne jest właściwe potrącenie. Inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi nie może oczekiwać, że otrzyma takie samo wynagrodzenie, jak za kapitał wniesiony w gotówce.

⁽³⁵⁾ Patrz uwagi Niemiec z dnia 9 kwietnia 2004 r., str. 28.

⁽³⁶⁾ Marża na wynagrodzenie za bezterminowe obligacje Deutsche Bank (uzgodnione wynagrodzenie stałe w wysokości 6,60 %) w wysokości 1,94 % p.a. jest naliczana na 10-letnie obligacje federalne po to, aby ją lepiej porównać z 12-letnim cichym udziałem Dresdner Bank (1,65 % powyżej 10-letnich obligacji federalnych) i otrzymać informację o wysokości marży za bezterminowość. W powyższej tabeli marża za wynagrodzenie tych samych obligacji bezterminowych wynosi 1,15 % p.a. od 30-letnich obligacji federalnych, ponieważ mają one taki sam czas trwania (rynek traktuje 30 lat jako „quasi-bezterminowo”). Marża na wynagrodzenie liczona od 30-letnich obligacji jest niższa, ponieważ przy normalnej krzywej oprocentowania, tak jak przedstawiono, obligacje o dłuższym (30 lat) czasie trwania mają wyższą rentowność niż te o krótszym czasie trwania (10 lat) i w związku z tym potrącenie od ustalonego wynagrodzenia stałego w wysokości 6,60 % p.a. jest większe.

(185) Inaczej niż BdB, a zgodnie ze zdaniem Niemiec i banku Helaba, Komisja uważa, że należy odjąć stopę refinansowania brutto. Koszty refinansowania są kosztami działalności i zmniejszają przychód do opodatkowania. To samo dotyczy jednak wynagrodzenia za cichy udział wniesiony

⁽³⁷⁾ W rzeczywistości sytuacja jest naturalnie bardziej skomplikowana, np. z powodu pozycji pozabilansowych, różnych wag ryzyka dla aktywów oraz pozycji z ryzykiem zerowym. Zasadnicze przemyslenia pozostają jednak niezmiennie.

⁽³⁸⁾ Sytuacja się nie zmienia, jeżeli uwzględnimy możliwość pozyskania kapitału uzupełniającego do wysokości kapitału podstawowego (współczynnik 25 zamiast 12,5 dla kapitału podstawowego).

od początku w płynnej formie. W porównaniu z tym, który, jak przedstawiono powyżej, pozwala na odpowiedni test rynkowy, nie powstaje żadna dodatkowa korzyść podatkowa. Wynik netto banku zmniejsza się w obu przypadkach o kwotę odsetek zapłaconych za płynność. W ten sposób całość kosztów refinansowania można zaliczyć w koszty.

(186) Ten stan rzeczy miarodajnie różni przypadek Helaba od przypadku WestLB oraz innych banków krajów związkowych, które również były przedmiotem procedury badania, ponieważ w tych ostatnich fundusze celowe zostały zaksięgowane w bilansie jako rezerwy, a całe wynagrodzenie jest traktowane jako zysk do podziału, a nie jako koszty działalności, i w związku z tym należy je zapłacić z zysku po opodatkowaniu. Inne banki odniosły więc korzyść podatkową, skoro koszty pozyskiwanej płynności można zaliczyć w koszty działalności i pomniejszyć o nie podatek, podczas gdy nie byłoby to możliwe w przypadku inwestycji gotówkowej z identycznymi pozostałymi parametrami, która stanowi tutaj skalę porównawczą.

(187) Z braku (dalszych) korzyści podatkowych bank Helaba musi zapłacić tylko wynagrodzenie za ryzyko, na które bank kraju związkowego Hesja naraża swój fundusz celowy wniesiony w postaci cichego udziału, tzn. wynagrodzenie gwarancyjne wyrażone w punktach bazowych powyżej miarodajnej stopy referencyjnej.

(2) *Obliczenie minimalnego wynagrodzenia za kapitał potrzebny do pokrycia działalności wspierającej oraz za kapitał, który w związku z tzw. modelem stopniowym nie mógł być od razu wykorzystany do pokrycia działalności komercyjnej*

(188) W decyzji WestLB z 1999 r. Komisja postanowiła, że od kwoty zaksięgowanej w bilans, która jednak nie mogła być wykorzystana na pokrycie działalności komercyjnej, należy zapłacić prowizję za awal w wysokości 0,5-0,6 % przed opodatkowaniem lub 0,3 % po opodatkowaniu. Prowizja za awal opiera się na stopie 0,3 % przed opodatkowaniem, którą Niemcy podały jako odpowiednią prowizję za awal dla takiego banku, jak WestLB na koniec 1999 r. Komisja podniosła tę stopę na 0,5 do 0,6 % przed opodatkowaniem (odpowiada 0,3 % po opodatkowaniu) z dwóch powodów. Po pierwsze kwestionowana kwota w przypadku WestLB w wysokości 3,4 mld DEM (1,74 mld EUR) przewyższała kwoty, które normalnie mogą być pokryte takimi gwarancjami bankowymi. Po drugie gwarancje bankowe są zwyczajowo połączone z określonymi transakcjami i mają określony czas trwania.

(189) Również w niniejszej procedurze badania w sprawie Helaba Komisja poprosiła Niemcy o podanie prowizji za awal, którą można przyjąć za rynkową dla takiego banku, jak Helaba. Niemcy nie spełniły tej prośby, lecz wyjaśniły, że awal wystawia się tylko na określone transakcje, i że nie ma takiego rynku, na podstawie którego można by podać wynagrodzenie za taki awal. Jeżeli Komisja będzie jednak chciała poznać wynagrodzenie pomimo tych zastrzeżeń, to zdaniem Niemiec można je obliczyć tylko indywidualnie, uwzględniając szczególne ryzyko, które podjął kraj związkowy, uwzględniając to podejście i kwoty różnic. Ponieważ zaplanowany wzrost aktywów ryzykownych o tylko [...] mln DEM rocznie przedstawia ostrożną politykę wzrostu w porównaniu z bankiem WestLB, to bardzo niskie prawdopodobieństwo skorzystania z corocznie zmniejszającej się

kwoty różnicy przez wierzycieli banku jest zdecydowanym argumentem za bardzo niskim wynagrodzeniem gwarancyjnym. Ponadto bank Helaba tylko częściowo pokrył stopniowe kwoty, za które należy zapłacić wynagrodzenie, i w przeciwieństwie do WestLB zawiązką osiągnął minimalne wskaźniki kapitału podstawowego wymagane w świetle przepisów nadzoru bankowego, tak że ryzyka działalności banku Helaba były pokryte w sposób bardziej niż wystarczający. Marża bezpieczeństwa wyklucza przeniesienie stawki wynagrodzenia podstawowego w wysokości 0,3 % p.a. przed opodatkowaniem, jak i marży na tę stawkę w wysokości 0,2 do 0,3 % p.a. przed opodatkowaniem z decyzji w sprawie WestLB (tam łącznie 0,3 % p.a. po opodatkowaniu) na przypadek banku Helaba.

(190) Z tego powodu Komisja czuje się zmuszona do samodzielnego ustalenia odpowiedniej prowizji za awal dla banku. Z powodu zasadniczej porównywalności banków WestLB i Helaba oraz z braku innych podstaw Komisja zakłada, że odpowiednią stopą bazową będzie 0,3 % p.a. przed opodatkowaniem, tak jak w przypadku WestLB. Zdaniem Komisji nie są konieczne marże na tę stopę. Po pierwsze kwota cichego udziału w przedziale od 50 do 100 mln EUR, która jest przewidziana na stałe pokrycie działalności wspierającej, jest znacznie mniejsza niż korespondująca kwota ok. 1,7 mld EUR w przypadku WestLB. Po drugie kwota, która zgodnie z modelem stopniowym nie mogła być wykorzystana do pokrycia działalności komercyjnej, wskutek modelu stopniowego jest ograniczona czasowo i zmniejszyła się do zera w 2003 r. Ten fakt pokazuje wyraźnie, że ryzyko kraju związkowego Hesja nie było wyższe niż w przypadku typowego dla rynku poręczenia na korzyść takiego banku, jak Helaba, i nie uzasadnia ono podwyższenia stopy bazowej w wysokości 0,3 % p.a. przed opodatkowaniem. Ponieważ wynagrodzenie za cały cichy udział można zaksięgować w koszty działalności i pomniejszyć podatek, co także w tym punkcie odróżnia je od podatkowej kwalifikacji wynagrodzenia w przypadku WestLB, Komisja ustala dla tej decyzji prowizję za awal jako stopę przed opodatkowaniem, którą można zaliczyć w koszty działalności w pełnej wysokości.

e) *Element pomocy*

(191) Jak przedstawiono powyżej, Komisja uważa za odpowiednie wynagrodzenie w wysokości 0,3 % p.a. przed opodatkowaniem za tę część kapitału, której bank Helaba nie mógł wykorzystać do pokrycia działalności komercyjnej, a która została ujęta w bilansie banku Helaba na dzień 31 grudnia 1998 r.

(192) Bank Helaba płaci wynagrodzenie w wysokości 1,4 % p.a. tylko od kwoty, która zgodnie z modelem stopniowym może stanowić rezerwę na ryzykowne aktywa, jednak nie od części cichego udziału ujętej w bilansie, ale nie wykorzystanej do pokrycia działalności komercyjnej.

- (193) Element pomocy można więc obliczyć jako wynik prowizji za awal w wysokości 0,3 % p.a. przed opodatkowaniem, którą Komisja uznała za zgodną z rynkową, oraz części cichego udziału ujętej w bilansie, ale nie wykorzystanej do pokrycia działalności komercyjnej, zgodnie z poniższym zestawieniem:

Wartość na koniec roku w mln EUR	1999	2000	2001	2002	2003
1) Wartość nominalna w bilansie	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
2) Kapitał podstawowy, który zgodnie z tzw. modelem stopniowym może być wykorzystany na pokrycie działalności komercyjnej	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
3) Kapitał podstawowy wykorzystywany na działalność wspierającą	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
4) Kapitał podstawowy, który może być wykorzystany na pokrycie działalności komercyjnej, ale nie jest wykorzystany ze względu na tzw. model stopniowy	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
5) Różnica 1) i 2), odpowiada sumie 3) i 4)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
6) Potrącenie zabezpieczające w związku z przejściowo niższą wartością ujętą w bilansie na dzień 31.12.1998 r. (*)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
7) Baza kapitałowa, za którą należy zapłacić prowizję za awal w wysokości 0,3 % p.a. (przed opodatkowaniem)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
8) Wynagrodzenie do zapłaty, które można zaliczyć w koszty działalności, odpowiada wysokości pomocy (element pomocy)	1,92	1,95	1,34	0,73	0,15

(*) Ad 6) Potrącenie zabezpieczające w związku z przejściowo niższą wartością ujętą w bilansie na dzień 31 grudnia 1998 r.: Zgodnie z informacjami Niemiec ⁽³⁹⁾ postępowanie nadzoru bankowego w celu uznania za kapitał podstawowy dnia 31.12.1998 r. nie było jeszcze zakończone, w związku z tym w bilansie ujęto najpierw kwotę 1 023 mln EUR (2 000 mln DEM). Wynikająca z wyceny wartość 1 264 mln EUR została zaksięgowana bezpośrednio po przeprowadzeniu wyceny i w związku z tym została ujęta w sprawozdaniu finansowym za rok 1999. W związku z tym procesem Komisja uważa za słuszne, aby od bazy kapitałowej, od której należy zapłacić wynagrodzenie w 1999 r., na korzyść banku Helaba odjąć potrącenie zabezpieczające. Wierzyciele banku Helaba oparli ocenę wypłacalności w 1999 r. na liczbach sprawozdania finansowego z 1998 r. zawierającego przejściowo niższą kwotę cichego udziału w wysokości 1 023 mln EUR. W związku z tym za rok 1999 należy zapłacić tylko wynagrodzenie za różnicę między tą kwotą a kapitałem podstawowym, który zgodnie z modelem stopniowym może być wykorzystany do pokrycia działalności komercyjnej, wraz z prowizją za awal w wysokości 0,3 % p.a. (przed opodatkowaniem), a więc [...] mln EUR. W następnych latach wartość z bilansu roku poprzedniego odpowiada wartości cichego udziału w bilansie roku bieżącego.

⁽³⁹⁾ Patrz odpowiedź Niemiec z dnia 23 sierpnia 2004 r., str. 6-7.

f) **Wynik tymczasowy**

- (194) Komisja doszła więc do wniosku, że zaistniała sytuacja sprzyjania bankowi Helaba w ten sposób, że nie zapłacił on odpowiedniego wynagrodzenia gwarancyjnego za tę część kapitału udostępnionego przez kraj związkowy Hesja w formie cichego udziału, która była potrzebna do pokrycia działalności wspierającej oraz za tę część, która w związku z modelem stopniowym nie mogła być od razu wykorzystana do pokrycia działalności komercyjnej. Komisja uważa wynagrodzenie gwarancyjne w wysokości 0,3 % p.a. (przed opodatkowaniem) za odpowiednie. Od chwili, w której kapitał mógł być wykorzystany do pokrycia działalności komercyjnej, zapłacono uzgodnione, odpowiednie wynagrodzenie za cichy udział w wysokości 1,43 % p.a. (z uwzględnieniem podatku od działalności gospodarczej). Nie mamy więc do czynienia z uprzywilejowaniem banku.

1.3. ZAKŁÓCENIE KONKURENCJI ORAZ NARUSZENIE
HANDLU MIĘDZY PAŃSTWAMI CZŁONKOWSKIMI

- (195) Wskutek liberalizacji usług finansowych oraz integracji rynków finansowych sektor bankowy na obszarze Wspólnoty narażony jest coraz bardziej na zakłócenia konkurencji. Sytuacja ta zaostrza się obecnie jeszcze w ramach unii gospodarczo-walutowej, która ma przyczynić się do zniesienia istniejących przeszkód konkurencyjnych na rynkach usług finansowych.

- (196) Bank Helaba, który uzyskał pomoc, prowadzi działalność bankową zarówno regionalnie, jak i w skali międzynarodowej. Bank Helaba jest uniwersalnym bankiem komercyjnym, bankiem centralnym dla kas oszczędnościowych oraz bankiem publiczno-komunalnym. Pomimo nazwy, tradycji oraz zadań uregulowanych ustawowo, bank Helaba w żadnym razie nie jest bankiem lokalnym lub regionalnym.

- (197) To pokazuje wyraźnie, że bank Helaba świadczy usługi bankowe, konkurując z innymi bankami europejskimi poza Niemcami oraz na terenie Niemiec, ponieważ banki z innych państw europejskich prowadzą swoją działalność w Niemczech. Z uwagi na taką sytuację stwierdzono, że pomoc udzielana bankowi Helaba zakłóca konkurencję oraz wpływa negatywnie na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.

1.4. WYNIK

- (198) Ponieważ bank Helaba nie zapłacił odpowiedniego wynagrodzenia gwarancyjnego za tę część udostępnionego kapitału, która była potrzebna do pokrycia działalności wspierającej oraz za tę część, która w związku z modelem stopniowym nie mogła być od razu wykorzystana do pokrycia działalności komercyjnej, zostały spełnione wszystkie przesłanki pomocy państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE. W odniesieniu do tej części kapitału, która mogła być wykorzystana do pokrycia działalności komercyjnej, można uznać wynagrodzenie w wysokości 1,43 % p.a. (z uwzględnieniem podatku od działalności

gospodarczej) zapłacone od tej kwoty za jeszcze zgodne z wynagrodzeniem rynkowym. W związku z tym nie mamy do czynienia z sytuacją sprzyjania i z pomocą państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE na rzecz banku Helaba.

2. ZGODNOŚĆ ZE WSPÓLNYM RYNKIEM

- (199) Jeżeli wniesienie cichego udziału stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE, należy zbadać, czy pomoc ta może być uznana za zgodną ze wspólnym rynkiem.

- (200) Żadne odstępstwo określone w art. 87 ust. 2 Traktatu WE nie znajduje w powyższej sytuacji zastosowania. Pomoc nie ma charakteru socjalnego, ani nie została przyznana indywidualnym konsumentom. Nie miała ona także na celu naprawienia szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi lub innym zdarzeniami nadzwyczajnymi, ani skompensowania niekorzystnych skutków gospodarczych spowodowanych podziałem Niemiec.

- (201) Pomoc nie ma celu wspierania regionów – nie jest przeznaczona ani na sprzyjanie rozwojowi gospodarczemu regionów, w których poziom życia jest nienormalnie niski lub regionów, w których istnieje poważny stan niedostatecznego zatrudnienia, ani na ułatwianie rozwoju niektórych regionów gospodarczych – dlatego nie ma zastosowania ani art. 87 ust. 3 lit. a), ani aspekt regionów gospodarczych wymieniony w art. 87 ust. 3 lit. c) Traktatu WE. Pomoc nie jest przeznaczona na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania. Wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturowego także nie stanowią celu pomocy.

- (202) Kontynuacja działalności banku Helaba również nie była zagrożona w momencie przeprowadzania wymienionego działania, dlatego nie pojawiła się kwestia czy upadłość jednego dużego banku, jakim jest Helaba, mogłaby doprowadzić do kryzysu sektora bankowego w Niemczech, co z kolei na podstawie art. 87 ust. 3 lit. b) Traktatu WE mogłoby uzasadnić przyznanie pomocy w celu zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce Niemiec.

- (203) Zgodnie z art. 87 ust. 3 lit. c) Traktatu WE za zgodną ze wspólnym rynkiem może zostać uznana pomoc państwa przeznaczona na sprzyjanie rozwojowi niektórych regionów gospodarczych. Zasadniczo powyższe może także dotyczyć pomocy na restrukturyzację w sektorze bankowym. W omawianym przypadku jednakże brak przesłanek koniecznych do zastosowania powyższych odstępstw. Banku Helaba nie można uznać za przedsiębiorstwo przeżywające trudności, które musi otrzymać pomoc państwa dla odzyskania rentowności.

- (204) Art. 86 ust. 2 Traktatu WE, który dopuszcza w określonych wyjątkowych sytuacjach odstępstwa od przepisów Traktatu

o pomocy państwa, zasadniczo dotyczy także sektora usług finansowych. Komisja potwierdziła powyższe stwierdzenie w sprawozdaniu pt. „Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym przez sektor bankowy”⁽⁴⁰⁾. Tutaj nie zostały jednak spełnione przesłanki formalne: nie zostały ustalone ani zadania, które bank Helaba miałby wykonywać w ramach świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, ani koszty tej działalności. W związku z tym jest jasne, że przeniesienie majątku nie ma żadnego związku z jakimikolwiek usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym. Dlatego w omawianym przypadku nie ma zastosowania także to odstępstwo.

- (205) Ponieważ żadne z odstępstw od zasady zakazu pomocy państwa wymienione w art. 87 ust. 1 Traktatu WE nie znajduje zastosowania, niniejszej pomocy państwa nie można uznać za zgodną z Traktatem.

3. BRAK POMOCY

- (206) Przeciwnie do twierdzenia Niemiec w innych procedurach w sprawie banków krajów związkowych, nie można powiedzieć, że wniesiony kapitał mieści się w istniejącym systemie pomocy poręczeń państwowych Anstaltslast i Gewährträgerhaftung, lecz należy go postrzegać jako nową pomoc.

- (207) Po pierwsze przesłanki stanu nieograniczonej odpowiedzialności udziałowców banku za zobowiązania wierzycieli (Gewährträgerhaftung), jeżeli majątek banku nie jest wystarczający do ich zaspokojenia, od początku nie były spełnione. Wniesienie kapitału nie ma nic wspólnego ani z zaspokojeniem wierzycieli banku krajowego, ani też majątek banku krajowego nie był wyczerpany.

- (208) Po drugie nie zachodzi stan konieczności zapewnienia bankowi płynności (Anstaltslast). Poręczenie państwowe Anstaltslast zobowiązuje udziałowca (Anstaltsträger), czyli Związek Kas Oszczędnościowych i Żyrowych Hesji i Turynгии, do zapewnienia bankowi Helaba środków koniecznych do prowadzenia działalności, jeżeli zdecyduje on, że bank ma kontynuować działalność. Jednak w momencie wniesienia kapitału bank Helaba w żadnym wypadku nie był w sytuacji, w której prowadzenie prawidłowej działalności nie byłoby możliwe na przykład z braku wystarczających środków. Wniesiony kapitał nie był więc konieczny do zapewnienia prawidłowej działalności banku kraju związkowego. Dzięki niemu bank krajowy mógł raczej, uwzględniając świadomą kalkulację ekonomiczną przeprowadzoną przez kraj związkowy jako (współ-)właściciela, także w przyszłości korzystać z szans pojawiających się na rynku w ramach gry konkurencyjnej. Do takiej normalnej, ekonomicznej decyzji kraju związkowego jako (współ-)właściciela nie ma zastosowania

„szczególna regulacja” poręczenia państwowego Anstaltslast. Z braku innych reguł pomocy państwa, które można by zastosować zgodnie z art. 87 ust. 1, art. 88 ust. 1 Traktatu WE, wniesienie kapitału należy uznać za nową pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1, art. 88 ust. 3 Traktatu WE i odpowiednio zbadać.

VII. WNIOSEK

- (209) Pomocy nie można uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem ani na podstawie art. 87 ust. 2 lub ust. 3, ani na podstawie innego postanowienia Traktatu WE. Pomoc uznaje się za niezgodną ze wspólnym rynkiem, a wielkość pomocy przyznanej niezgodnie z prawem musi zostać zwrócona przez Niemcy,

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

1. Rezygnacja z odpowiedniego wynagrodzenia w wysokości 0,3 % p.a. (przed opodatkowaniem) za tę część kapitału przekazanego przez kraj związkowy Hesja na rzecz Banku Krajowego Hesji i Turynгии/Centrali Żyrowej, którą bank mógł wykorzystać jako gwarancję od 31 grudnia 1998 r., stanowi pomoc państwa niezgodną ze wspólnym rynkiem.

2. Pomoc państwa wymieniona w ust. 1 wynosi w okresie od dnia 31 grudnia 1998 r. do dnia 31. grudnia 2003 r. 6,09 mln EUR.

Artykuł 2

1. Niemcy zniosą pomoc państwa wymienioną w art. 1 ust. 1 najpóźniej do dnia 31. grudnia 2004 r.

2. Niemcy podejmą wszystkie konieczne działania, aby odzyskać od beneficjenta pomoc wymienioną w art. 1 ust. 1, a przyznaną bezprawnie. Windykowana kwota obejmuje:

a) kwotę wymienioną w art. 1 ust. 2 za okres od dnia 31 grudnia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2003 r.;

b) kwotę obliczoną przy zastosowaniu metody wymienionej w art. 1 ust. 1 za okres od dnia 1 stycznia 2004 r. do chwili zniesienia pomocy.

Artykuł 3

Windykacja pomocy nastąpi niezwłocznie według postępowania krajowego, jeśli możliwe będzie natychmiastowe i rzeczywiste wykonanie niniejszej decyzji.

Kwota pomocy podlegająca windykacji zostanie zwiększona o odsetki, które zostaną obliczone od dnia udostępnienia bezprawnej pomocy beneficjentowi do jej rzeczywistego zwrotu.

⁽⁴⁰⁾ Powyższe sprawozdanie przedłożono Radzie ds. Gospodarki i Finansów w dniu 23 listopada 1998 roku, ale nie zostało ono opublikowane. Powyższe sprawozdanie można otrzymać w Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji, oraz przeczytać na stronie internetowej Komisji.

Odsetki zostaną obliczone zgodnie z postanowieniami rozdziału V rozporządzenia Komisji (WE) nr 794/2004 ⁽⁴¹⁾.

Artykuł 5

Decyzja jest skierowana do Republiki Federalnej Niemiec.

Artykuł 4

Bruksela, dnia 20 października 2004.

W terminie dwóch miesięcy od daty ogłoszenia niniejszej decyzji Niemcy poinformują Komisję przy pomocy załączonego kwestionariusza o środkach podjętych celem wykonania decyzji.

W imieniu Komisji

Neelie KROES

Członek Komisji

⁽⁴¹⁾ Dz.U. L 140 z 30.4.2004, str. 1.

DECYZJA KOMISJI**z dnia 25 stycznia 2006 r.****w sprawie pomocy państwa przyznanej przez Królestwo Niderlandów na rzecz AZ i AZ Vastgoed BV**

(notyfikowana jako dokument nr C(2006) 80)

(jedynie tekst w języku niderlandzkim jest autentyczny)

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(2006/743/WE)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, w szczególności jego art. 88 ust. 2 akapit pierwszy,

uwzględniając porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym, w szczególności jego art. 62 ust. 1 lit. a),

po wezwaniu zainteresowanych stron do przedstawienia swoich uwag zgodnie z wyżej wymienionymi artykułami⁽¹⁾ i po uwzględnieniu tych uwag,

a także mając na uwadze, co następuje:

I. POSTĘPOWANIE

- (1) W pismach zarejestrowanych w dniu 26 czerwca 2002 r. i 6 lutego 2003 r. do Komisji wpłynęły skargi dotyczące pomocy państwa przyznanej przez Królestwo Niderlandów na rzecz klubu piłkarskiego AZ Alkmaar. Podczas wstępnej analizy skarg Komisja otrzymała dodatkowe informacje od stron wnoszących skargę oraz od holenderskich władz.
- (2) W piśmie z dnia 23 lipca 2003 r. Komisja powiadomiła Królestwo Niderlandów o swojej decyzji o wszczęciu postępowania zgodnie z art. 88 ust. 2 traktatu w odniesieniu do wspomnianych środków pomocy. Decyzja Komisji w sprawie wszczęcia postępowania została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej⁽²⁾. Komisja wezwała zainteresowane strony do przedstawienia uwag.
- (3) Królestwo Niderlandów wystąpiło z wnioskiem o przedłużenie terminu przedstawiania uwag; wniosek ten został uwzględniony. W pismach zarejestrowanych w dniu 29. października i 5. listopada 2003 r. Królestwo Niderlandów przedstawiło odpowiedź na decyzję w sprawie wszczęcia postępowania.
- (4) W grudniu 2003 r. Komisja otrzymała szereg pism z uwagami zainteresowanych stron. Zainteresowane strony przesyłały dalsze uwagi w pismach zarejestrowanych w dniach 9 lutego, 6. kwietnia i 6. października 2004 r.
- (5) Wiosną 2004 r. Komisja uzyskała informację, że gmina ma zamiar renegecjować umowę z AZ i AZ Vastgoed. W związku z powyższym w piśmie z dnia 3 czerwca

2004 r. zwróciła się do holenderskich władz o dodatkowe informacje. Władze holenderskie odpowiedziały w piśmie z dnia 5 lipca 2004 r., że gmina oraz AZ i AZ Vastgoed rzeczywiście rozważają podpisanie nowej umowy. Jednak ponownie zaznaczyły, że w związku z nakazem zawieszenia wydanym przez sądu (Gerechtshof) w Amsterdamie⁽³⁾, umowa nie mogła wejść w życie. Holenderskie władze przekazały dodatkowe informacje w piśmie zarejestrowanym w dniu 5 listopada 2004 r., w którym potwierdzono, że strony zawarły nową umowę oraz że poprzednia umowa została rozwiązana.

II. OPIS

- (6) W dniu 7 grudnia 2001 r. gmina Alkmaar zawarła umowę ze Stichting AZ i AZ Vastgoed BV (zwanymi dalej „AZ” i „AZ Vastgoed”) w sprawie nowej lokalizacji stadionu piłkarskiego. Wyżej wymieniona umowa między gminą Alkmaar z jednej strony a AZ i AZ Vastgoed z drugiej strony dotyczyła czterech transakcji związanych ze sprzedażą kilku działek gruntu.
- (7) Według holenderskich władz dwie działki zostały sprzedane AZ i AZ Vastgoed na budowę nowego stadionu, pomieszczeń gospodarczych i miejsc parkingowych. Gmina Alkmaar sprzedała AZ grunt, na którym zbudowany jest istniejący stadion. AZ i AZ Vastgoed miały przeprowadzić rozbiórkę starego stadionu, zagospodarować teren i zbudować 150 mieszkań. AZ została również sprzedana działka na budowę infrastruktury szkoleniowej. Umowa nakłada na kupujących grunt pewne zobowiązania. AZ i AZ Vastgoed zobowiązane są do zapewnienia i utrzymania określonej infrastruktury.
- (8) W lipcu 2003 r. Komisja podjęła decyzję o wszczęciu postępowania; jeżeli umowa stanowiłaby pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 traktatu WE, wątpliwym byłoby, czy pomoc dla AZ i AZ Vastgoed była zgodna z traktatem WE.
- (9) Ponieważ w kwietniu 2004 r. sąd w Amsterdamie wydał nakaz zawieszenia wykonania umowy, nie doszło nigdy do przekazania gruntu zgodnie z umową z dnia 7 grudnia 2001 r.

⁽¹⁾ Dz.U. C 266 z 5.11.2003, str. 8.⁽²⁾ Dz.U. C 266 z 5.11.2003, str. 8.⁽³⁾ Sąd w Amsterdamie (Gerechtshof Amsterdam), 1.4.2004, LJN: AO6912, 206/03 KG (www.rechtspraak.nl).

- (10) W listopadzie 2004 r. holenderskie władze poinformowały Komisję, że umowa zawarta dnia 7 grudnia 2001 r. pomiędzy gminą Alkmaar a AZ i AZ Vastgoed została rozwiązana.
- (11) Królestwo Niderlandów utrzymuje, że przeprowadzono nowe negocjacje, a niezależny ekspert przeprowadził wycenę działek zgodnie z komunikatem Komisji w sprawie elementów pomocy państwa w sprzedaży gruntów i budynków przez władze publiczne ⁽¹⁾. Po wyżej wymienionej wycenie została zawarta nowa umowa między gminą a Egedi BV (następca prawny AZ Vastgoed).
- (12) W związku z powyższym umowa będąca przedmiotem formalnego postępowania wyjaśniającego została rozwiązana, w wyniku czego stało się ono bezprzedmiotowe i powinno zostać zakończone.

III. WNIOSKI

- (13) Umowa będąca przedmiotem formalnego postępowania wyjaśniającego została rozwiązana, w związku z czym postępowanie to stało się bezprzedmiotowe

- (14) W związku z powyższym należy zakończyć formalne postępowanie wyjaśniające z art. 88 ust. 2 traktatu WE dotyczące wyżej wymienionej umowy między gminą Alkmaar a AZ i AZ Vastgoed.

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

Niniejszym zamyka się formalne postępowanie wyjaśniające zgodne z art. 88 ust. 2 traktatu WE dotyczące AZ i AZ Vastgoed.

Artykuł 2

Niniejsza decyzja skierowana jest do Królestwa Niderlandów.

Sporządzono w Brukseli, 25 stycznia 2006 r.

W imieniu Komisji

Neelie KROES

Członek Komisji

⁽¹⁾ Dz.U. C 209 z 10.7.1997, str. 3.

DECYZJA KOMISJI**z dnia 8 marca 2006 r****w sprawie pomocy państwa przyznanej przez Niemcy na rzecz Magog Schiefergruben GmbH & Co.
KG***(notyfikowana jako dokument nr C(2006) 641)***(jedynie tekst w języku niemieckim jest autentyczny)****(tekst mający znaczenie dla EOG)**

(2006/744/WE)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, w szczególności art. 88 ust. 2 akapit pierwszy,

uwzględniając Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym, w szczególności art. 62 ust. 1 lit. a),

po wezwaniu zainteresowanych stron do przedstawienia uwag zgodnie z wyżej wymienionymi artykułami⁽¹⁾ oraz po uwzględnieniu tych uwag,

a także mając na uwadze, co następuje:

I. PROCEDURA

- (1) Dnia 12 listopada 2003 r. Komisja otrzymała skargę od niemieckiego konkurenta przedsiębiorstwa Magog z powodu domniemanej pomocy państwa przyznanej na rzecz Schiefergruben Magog GmbH & Co KG („Magog”). Komisja zwróciła się w dniu 25 listopada 2003 r. do Niemiec o informacje, które Niemcy przekazały w piśmie z dnia 4 marca 2004 r., zarejestrowanym tego samego dnia.
- (2) Dnia 6 października 2004 r. Komisja wszczęła formalne postępowanie wyjaśniające dotyczące powyższej pomocy. Decyzję Komisji o wszczęciu postępowania opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej⁽²⁾. Komisja zwróciła się do wszystkich stron postępowania o przekazanie uwag na temat domniemanej pomocy. W związku z powyższym do Komisji wpłynęło pismo z dnia 14 grudnia 2004 r., które zarejestrowano w dniu 16 grudnia 2004 r., zawierające uwagi Rathscheck Schiefer und Dach-Systeme KG, I.B. Rathscheck Söhne KG Moselschiefer-Bergwerke i Theis-Böger GmbH („Rathscheck i Theis-Böger”) oraz pismo z dnia 7 grudnia 2004 r., zarejestrowane dnia 13 grudnia 2004 r., zawierające uwagi strony trzeciej, która pragnie zachować anonimowość.
- (3) Uwagi przekazano Niemcom w pismach z dnia 3 stycznia 2005 r. oraz z dnia 7 lipca 2005 r. Niemcy udzieliły odpowiedzi w piśmie z dnia 11 marca 2005 r., zarejestrowanym tego samego dnia, oraz w piśmie z dnia 31 sierpnia 2005 r., zarejestrowanym w dniu 1 września 2005 r.

- (4) Niemcy odpowiedziały na wszczęcie formalnego postępowania wyjaśniającego w piśmie z dnia 6 grudnia 2004 r., zarejestrowanym w dniu 13 grudnia 2004 r. Komisja zwróciła się w dniu 5 października 2005 r. o dalsze informacje, które Niemcy przekazały w piśmie z dnia 15 listopada 2005 r., zarejestrowanym w dniu 16 listopada 2005 r. Załączniki przekazano w piśmie z dnia 18 listopada 2005 r., zarejestrowanym w dniu 24 listopada 2005 r. Niemcy przekazały dalsze informacje w piśmie z dnia 21 grudnia 2005 r., zarejestrowanym tego samego dnia.

II. OPIS POMOCY**2.1. Przedsiębiorstwo będące odbiorcą pomoc**

- (5) Będące odbiorcą pomocy przedsiębiorstwo Magog, z siedzibą w Bad Fredeburg, Północna Nadrenia-Westfalia, produkuje łupkowe płytki dachowe. W 2002 roku przedsiębiorstwo zatrudniało 43 pracowników i osiągnęło sumę bilansową poniżej 5 mln EUR. Ponieważ spełniono także kryterium niezależności, przedsiębiorstwo należy uznać za małe w rozumieniu zalecenia Komisji z dnia 6 maja 2003 r. w sprawie definicji mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw⁽³⁾.

2.2. Projekt

- (6) Na wniosek związku producentów łupków dachowych Westfälischer Schieferverband e.V. kraj związkowy Północna Nadrenia-Westfalia (PNW) wspierał w latach 2002 oraz 2003 rozwój nowej technologii przycinania łupkowych płytek dachowych (projekt „Rozwój i testowanie produkcji łupkowych płytek dachowych przy użyciu technologii numerycznej i robotycznej”). Projekt przeprowadziło przedsiębiorstwo Magog, członek Westfälischer Schieferverband we współpracy z Hochschule für Wirtschaft und Technik (Wyższa Szkoła Ekonomiczna i Techniczna).
- (7) Zgodnie z informacjami Niemiec celem projektu było stworzenie innowacyjnej technologii obróbki łupkowych płytek dachowych, aby ograniczyć negatywny wpływ na zdrowie pracowników. Dotąd stosowana, w dużej mierze ręczna, metoda obróbki łupkowych płytek dachowych miała negatywny wpływ na zdrowie pracowników. Zdaniem Niemiec projekt przyczynił się znacznie do podwyższenia bezpieczeństwa pracy i ma charakter modelowy dla całej branży produkcji łupkowych płytek dachowych.

⁽¹⁾ Dz.U. C 282 z 19.11.2004, str. 3

⁽²⁾ Patrz przypis 1.

⁽³⁾ Dz.U. L 124 z 20.5.2003, str. 36

- (8) Zgodnie z wnioskiem projekt „Rozwój i testowanie produkcji łupkowych płytek dachowych przy użyciu technologii numerycznej i robotycznej” składał się z trzech etapów: Najpierw należało opracować prototyp. Drugi etap przewidywał budowę hali, a trzeci zastosowanie nowej technologii.
- (9) Kraj związkowy PNW wspierał finansowo wyłącznie pierwszy etap projektu. Koszty pierwszego etapu oszacowano pierwotnie na kwotę 1 293 110 EUR, z czego 60 %, tzn. 775 866 EUR, miał przejąć kraj związkowy PNW. Ostatecznie koszty pierwszego etapu wyniosły 1 223 945 EUR, z czego 702 093 EUR (57 %) sfinansował kraj związkowy PNW.
- (10) Ostateczne koszty pierwszego etapu wyniosły odpowiednio

tabela 1:

	EUR
analiza wykonalności	25 565
opracowanie prototypu (załącznik 1)	464 410
zaprojektowanie i wybudowanie dwóch urządzeń produkcyjnych (załączniki 2 i 3)	733 970
ŁĄCZNIE	1 223 945

- (11) Przedsiębiorstwo Magog zleciło sporządzenie analizy wykonalności dotyczącej urządzenia do produkcji łupkowych płytek dachowych przy użyciu technologii numerycznej i robotycznej, którą zakończono w marcu 2002 r. Koszty sporządzenia analizy wyniosły 25 565 EUR.
- (12) Zgodnie z analizą wykonalności na terenie przedsiębiorstwa Magog zaprojektowano i wybudowano prototyp przeznaczony wyłącznie do testów, a nie do produkcji handlowej (załącznik 1). Próby przeprowadzono w listopadzie i grudniu 2002 r., a w styczniu 2003 r. prototyp rozmontowano. Koszty prototypu wyniosły 464 410 EUR.
- (13) Na podstawie doświadczeń zdobytych dzięki testom przy zastosowaniu prototypu w przedsiębiorstwie zbudowano urządzenie do produkcji handlowej. Testy prototypu wykazały, że w związku ze zróżnicowaną wielkością łupkowych płytek dachowych do produkcji handlowej konieczne są co najmniej dwa urządzenia. Pierwsze urządzenie wykorzystywane w produkcji handlowej zbudowano w styczniu 2003 r. (załącznik 2), drugie w kwietniu 2003 r. (załącznik 3). W 2003 roku nadal testowano urządzenia 2 i 3, aby poprawić ich funkcjonowanie. Od początku 2004 r. produkcja przy pomocy urządzeń 2 i 3 przebiega bez zarzutu. Koszty urządzenia 2 i 3 wyniosły 733 970 EUR.

- (14) Etap 1 opisany w pkt 8 do 13 stanowił część całościowej koncepcji modernizacji procesu produkcyjnego w przedsiębiorstwie Magog, który obejmował także kolejne etapy. Realizację etapu 2 i 3 rozpoczęto w 2003 r. i zakończono w 2005 r. Ponadto od 2002 r. uruchamiano inwestycje w zakresie wydobycia łupku (drążenie chodnika). Zgodnie z informacjami Niemiec etapy 2 i 3 oraz drążenie chodnika obejmowały następujące inwestycje, które stanowiły część ogólnej koncepcji modernizacji

(tabela 2):

	EUR	
1	hala 2002 r.	16 576
2	hala 2005 r.	213 175
3	piła	267 774
4	uzdatnianie wody	35 740
5	przyłączenie biura	2 570
6	urządzenie do przycinania	105 840
7	koszty patentu	65 128
8	drążenie chodnika 2002 – 2005	557 378
9	drążenie chodnika 2006 – 2007	176 800
10	koszty osobowe kierownik projektu/ inżynier 2004/2005	84 247
11	wyburzenie budynku zakładowego	8 245
12	honorarium architekta	5 733
	ŁĄCZNIE	1 539 205 (¹)

(¹) W wyniku zaokrągleń suma poszczególnych liczb nie jest zgodna z kwotą wymienioną jako łączna.

- (15) Koszty w pozycji „hala 2002” w wysokości 16 576 EUR dotyczą naprawy i renowacji istniejącej hali do cięcia, w 2002 roku (pkt 1 tabeli 2).
- (16) Inwestycje w pozycji „hala 2005” dotyczą byłej hali magazynowej, która w latach 2004 i 2005 została w znacznym stopniu przebudowana i obecnie przeznaczona jest na cele produkcyjne (pkt 2). Przebudowa hali była konieczna na potrzeby nowego procesu produkcyjnego wspomaganego nową technologią robotyczną. Przebudowa hali obejmuje także skonstruowanie nowej piły (pkt 3), potrzebnej do instalowania nowych robotów.
- (17) Na potrzeby nowego procesu produkcyjnego konieczne było także zbudowanie nowego urządzenia do uzdatniania wody w celu chłodzenia nowej piły (pkt 4). Nowa piła jest większa niż stara i wymaga większej ilości wody. Koszty przyłączenia biura (pkt 5) związane są także z inwestycjami poczynionymi na rzecz hali 2005 oraz piły.

- (18) Urządzenie do przycinania (pkt 6) jest maszyną do obróbki, stosowaną w trakcie wydobywania łupku w kopalni, przedsiębiorstwo Magog nabyło ją w 2004 r.
- (19) Koszty patentów w pkt 7 dotyczą kosztów rzecznika patentowego w związku ze zgłoszeniem patentów w ramach projektu.
- (20) Koszty w zakresie wydobywania łupku w latach 2002 do 2005 dotyczą inwestycji w drażnienie chodnika (pkt 8). Dla lat 2006 i 2007 podano szacunkowe koszty przedsiębiorstwa związane z drażnieniem chodnika w obu tych latach (pkt 9). Koszty kierownika projektu i inżyniera 2004/2005 (pkt 10) związane są z czynnościami wydobywczymi, wymienionymi w pkt 8 i 9.
- (21) Koszty wyburzenia budynku (pkt 11) powstały w lipcu 2005 r. i dotyczyły wyburzenia bliżej nieokreślonego budynku zakładowego.
- (22) Honorarium architekta (pkt 12) można podzielić na 3 600 EUR za zbudowanie „hali 2005” oraz 2 133 EUR za inne pozycje.

2.3. Środek finansowy

- (23) Kraj związkowy PNW przyznał dotację w wysokości 702 093 EUR na podstawie „Programu rozwoju technologii górniczych” („Technologieprogramm Bergbau”). Celem powyższego programu było wsparcie projektów, które prowadzą do poprawy bezpieczeństwa oraz ochrony zdrowia osób zatrudnionych w górnictwie, oraz do poprawy ochrony środowiska w górnictwie. Potencjalnymi beneficjentami powyższego programu były instytucje wspólnotowe o profilu techniczno-naukowym. Program zakończono z końcem 2003 r.
- (24) Decyzję o przyznaniu dotacji podjęto w dniu 19 grudnia 2001 r. Subwencję wypłacono między sierpniem 2002 r. oraz grudniem 2003 r. w kilku ratach odpowiednio do zaawansowania prac wykonywanych w ramach projektu.
- (25) Przedsiębiorstwo Magog posiada wszystkie prawa własności dotyczące wyników projektu oraz prawa użytkownika. Jest ono zobowiązane przekazywać część dochodów, które uzyskuje odpowiednio z tytułu wykorzystania wyników, na rzecz kraju związkowego PNW. Przyznanie dotacji uzależniono od dalszego rozpowszechniania wyników projektu. Przedsiębiorstwo Magog jest zobowiązane opublikować wyniki w przynajmniej jednym uznanym fachowym czasopiśmie niemieckim. Zgodnie z informacjami strony niemieckiej Magog udzielił licencji jednemu z konkurentów. W czasopiśmie Związku Górnictwa (Bergbauverband) pt. „Górnictwo” („Bergbau”) opublikowano artykuł na temat wyników prowadzonych prac.

III. PRZYCZYNY WSZCZĘCIA FORMALNEGO POSTĘPOWANIA WYJAŚNIAJĄCEGO

- (26) Komisja wszczęła formalne postępowanie wyjaśniające, ponieważ miała wątpliwości odnośnie do stanowiska

Niemiec, że wspomniane środki finansowe nie stanowią pomocy państwa. Zdaniem Komisji dzięki tym środkom finansowym przedsiębiorstwo Magog uzyskało selektywną korzyść, ponieważ zastosowanie nowej technologii spowodowało wzrost produktywności przedsiębiorstwa oraz poprawiło jego konkurencyjność, przy czym przedsiębiorstwo to nie musiało samo ponosić wszystkich związanych z tym kosztów. Komisja stała ponadto na stanowisku, że została zakłócona wymiana handlowa między państwami członkowskimi.

- (27) Odnośnie do możliwych wyjątków zgodnie z art. 87 ust. 3 Traktatu WE Komisja stwierdziła, że przedsiębiorstwo Magog nie posiada siedziby w regionie wsparcia w myśl art. 87 ust. 3 lit. a) lub c) Traktatu WE.
- (28) Zdaniem Komisji projekt można w miarę możliwości uznać za inwestycję w rozumieniu rozporządzenia Komisji (WE) nr 70/2001 z dnia 12 stycznia 2001 r. w sprawie zastosowania art. 87 i 88 Traktatu WE w odniesieniu do pomocy państwa dla małych i średnich przedsiębiorstw⁽⁴⁾, jednakże wyraziła ona wątpliwości odnośnie do przestrzegania dopuszczalnej górnej granicy intensywności pomocy brutto uznanych kosztów w wysokości 7,5 % dla średnich przedsiębiorstw oraz 15 % dla małych przedsiębiorstw.
- (29) Komisja wzięła także pod uwagę, że część projektu przyporządkowano do rozwoju przedkonkurencyjnego w rozumieniu wspólnotowych zasad ramowych dotyczących pomocy państwa na rzecz badań i rozwoju⁽⁵⁾ (zasady ramowe dotyczące BiR), zgodnie z którymi dopuszczalna jest pomoc państwa na rzecz badań podstawowych, badań przemysłowych i rozwoju przedkonkurencyjnego. Jednocześnie wyraziła ona wątpliwości, czy przestrzegano dopuszczalnej najwyższej intensywności pomocy brutto w wysokości 35 % dla małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP).
- (30) Komisja stwierdziła następnie, iż zbada zgodność pomocy ze wspólnym interesem w pojęciu ogólnym oraz szczególnie zgodność z celem dotyczącym ochrony zdrowia i bezpieczeństwa pracowników w rozumieniu art. 137 Traktatu WE.

IV. UWAGI STRON

- (31) Komisja otrzymała uwagi od Rathscheck i Theis-Böger oraz od jednego konkurenta, który pragnie zachować anonimowość.

4.1. Rathscheck i Theis-Böger

- (32) W uwagach dotyczących wszczęcia formalnego postępowania wyjaśniającego przedsiębiorstwa Rathscheck i Theis-Böger stwierdziły, że rynek łupkowych płytek dachowych jest jednorodny oraz, że nie ma odrębnego rynku dla „krycia staroniemieckiego” („altdeutsche Deckung”). Nawet gdyby „krycie staroniemieckie” stanowiło odrębny rynek, wsparcie nadal powodowałoby zakłócenie konkurencji,

⁽⁴⁾ Dz.U. L 10 z 13.1.2001, str. 33.

⁽⁵⁾ Dz.U. C 45 z 17.2.1996, str. 5.

ponieważ nowy robot może służyć także do produkcji popularnych łupkowych płytek dachowych, a hiszpańscy producenci łupkowych płytek dachowych działają nie tylko na rynku produktu końcowego, lecz także na rynku produktu pośredniego. Przedsiębiorstwa Rathscheck i Theis-Böger zwróciły także uwagę na fakt, że w coraz większym stopniu produkują „krycie staroniemieckie” z hiszpańskich łupków surowych.

- (33) Odnośnie do możliwej zgodności ze wspólnym rynkiem przedsiębiorstwa Rathscheck i Theis-Boger stwierdziły, że pomoc nie jest zgodna ze wspólnym rynkiem, ponieważ umożliwia ona przedsiębiorstwu Magog oferowanie własnych produktów na rynku po niższych cenach niż jego konkurenci, a nawet niż przedsiębiorstwa hiszpańskie.
- (34) Przedsiębiorstwa Rathscheck i Theis-Boger odrzuciły twierdzenie Niemiec, że subwencje nie przyniosły korzyści przedsiębiorstwu Magog. Samo przedsiębiorstwo Magog nie zaprzecza, że wsparcie spowodowało znaczne podwyższenie jego rentowności.
- (35) Przedsiębiorstwa Rathscheck i Theis-Böger przedstawiły także ogólne informacje na temat rynku łupkowych płytek dachowych. Zwróciły one uwagę na fakt, że całkowita produkcja łupkowych płytek dachowych we Wspólnocie spada od 2001 r. Na Hiszpanię, jedyny kraj posiadający znaczną nadwyżkę eksportową, przypada 95 % produkcji wspólnotowej. Wszyscy producenci łupkowych płytek dachowych we Wspólnocie to małe i średnie przedsiębiorstwa.
- (36) Przedsiębiorstwa Rathscheck i Theis-Böger nie zgadzają się z twierdzeniem, że rozwój produkcji łupkowych płytek dachowych przy użyciu technologii numerycznej i robotycznej stanowi prawdziwą innowację. Popularne łupkowe płytki dachowe już od wielu lat produkuje się w Hiszpanii przy wykorzystaniu najnowocześniejszych wykańczających. Odnośnie do uznania części projektu za rozwój przedkonkurencyjny przedsiębiorstwa Rathscheck i Theis-Böger zwracają uwagę, że dopuszczalna intensywność pomocy w żadnym przypadku nie została zachowana.
- (37) Przedsiębiorstwa Rathscheck i Theis-Boger odrzuciły twierdzenie Niemiec, że pomoc doprowadziła do poprawy warunków pracy pracowników. Pomocy nie można uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem w związku z tym, że przyczyniałaby się ona do poprawy ochrony zdrowia i bezpieczeństwa pracowników w rozumieniu art. 137 Traktatu WE.

4.2 Konkurent, który pragnie zachować anonimowość

- (38) Konkurent, który pragnie zachować anonimowość, podkreśla w swoich uwagach do wszczęcia formalnego postępowania wyjaśniającego, że niemiecka branża budowlana oraz rynek pokryć dachowych w ostatnich latach wykazują tendencje spadkowe. Subwencje na rzecz jednego niemieckiego producenta byłyby zatem szczególnie szkodliwe. Wypowiadający się konkurent jest producentem

łupków surowych, które stosowane są w Niemczech w produkcji „krycia staroniemieckiego”.

V. UWAGI NIEMIEC

- (39) W uwagach do wszczęcia formalnego postępowania wyjaśniającego Niemcy argumentują, że w przypadku niniejszej subwencji nie mamy do czynienia z pomocą państwa, ponieważ nie zakłócono wymiany handlowej między państwami członkowskimi. Płytki łupkowe, które przedsiębiorstwo Magog produkuje w nowo powstałym urządzeniu, to łupkowe płytki dachowe szczególnie wysokiej jakości, tzw. krycie staroniemieckie. Rynek tego łupku jest regionalny i ogranicza się do określonych obszarów Niemiec. Wymiana handlowa między państwami członkowskimi nie została zatem zakłócona.
- (40) Jeśli Komisja będzie stała na stanowisku, że wymiana handlowa między państwami członkowskimi została zakłócona, subwencję, zdaniem Niemiec, możnaby uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem w myśl art. 87 ust. 3 lit. c) Traktatu WE. Środki spełniają założenia analizy wykonalności dotyczącej rozwoju przedkonkurencyjnego w rozumieniu pkt 5.4 zasad ramowych dotyczących BiR oraz rozwoju przedkonkurencyjnego małego przedsiębiorstwa. Ponadto wsparcie można uznać za zgodne ze wspólnym rynkiem bezpośrednio na podstawie art. 87 ust. 3 lit. c) Traktatu WE. Środek przyczynia się do spełnienia ważnego celu wspólnotowego w myśl art. 137 Traktatu WE i dotyczy działalności gospodarczej, odnośnie do której brak wzmożonej konkurencji na poziomie wspólnotowym, o ile w ogóle zakłóca ona konkurencję. Niemcy przedstawiły ponadto dokładny opis projektu oraz zestawienie kosztów i informacje dotyczące statusu MŚP wspomnianego przedsiębiorstwa.
- (41) W odpowiedzi na uwagi przedsiębiorstw Rathscheck i Theis-Böger Niemcy podkreślają, że wymiana handlowa między państwami członkowskimi nie została zakłócona. Niemcy zwracają uwagę, że na rynku regionalnym panuje nasilona konkurencja. Zdaniem Niemiec realizacja tego projektu nie powoduje spadku kosztów produkcji przedsiębiorstwa Magog. Ponadto projekt ten kwalifikuje się do otrzymania pomocy zgodnie z zasadami ramowymi dotyczącymi BiR, stąd pomoc można byłoby uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem. Niemcy wątpią w prawdziwość wypowiedzi przedsiębiorstw Rathscheck i Theis-Böger, zgodnie z którą produkują one „krycie staroniemieckie” z hiszpańskich łupków surowych.
- (42) Odnośnie do uwag konkurenta, który pragnie zachować anonimowość Niemcy podkreślają, że robot, na którego przeznaczono dotację, nie jest stosowany do produkcji łupków popularnych w Hiszpanii. Stąd nie występuje zakłócenie konkurencji w odniesieniu do łupków hiszpańskich. Oświadczenie konkurenta, który pragnie zachować anonimowość, że produkuje on łupki, które stosowane są w Niemczech do produkcji „krycia staroniemieckiego”, jest nieprawdziwe.

VI. OCENA

6.1. Pomoc w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE

- (43) W myśl art. 87 ust. 1 Traktatu WE wszelka pomoc przyznawana przez państwo członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna ze wspólnym rynkiem w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi. Zgodnie ze stałym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości warunek zakłócenia wymiany handlowej zostaje spełniony, jeśli przedsiębiorstwo-beneficjent prowadzi działalność handlową, która stanowi przedmiot wymiany handlowej między państwami członkowskimi.
- (44) Zdaniem Komisji projekt oraz subwencja kraju związkowego PNW stawiają przedsiębiorstwo Magog w uprzywilejowanej sytuacji. Subwencja pomogła przedsiębiorstwu w przeprowadzeniu modernizacji procesu produkcyjnego dzięki wybudowaniu nowych urządzeń. To stanowisko potwierdza także strona internetowa przedsiębiorstwa, zgodnie z którą projekt przeprowadzono w celu zautomatyzowania procesu przycinania, dzięki czemu przedsiębiorstwo może produkować łupki o wysokiej jakości po niższych cenach oraz poprawiać swoją konkurencyjność. Ponieważ przedsiębiorstwo Magog nie uzyskałoby subwencji na rynku, subwencja przysparza mu korzyści i może powodować zakłócenie konkurencji.
- (45) W odniesieniu do zakłócenia wymiany handlowej między państwami członkowskimi Komisja stwierdza, że wysokiej jakości łupkowe płytki dachowe produkowane przez przedsiębiorstwo Magog, nie tworzą odrębnego rynku, lecz stanowią część całego rynku łupkowych płytek dachowych. Niemcy uważają, że produkcja i sprzedaż „krycia staroniemieckiego” jest ograniczona do określonych regionów, a popytu na „krycie staroniemieckie”, ze względu na cenę i zastosowanie, nie można zamiennie zaspokoić standardowymi łupkowymi płytkami dachowymi. Komisja uważa jednak, że fakt, że „krycie staroniemieckie” jest droższe niż standardowe łupkowe płytki dachowe, a zapotrzebowanie na ten towar zgłaszają wyłącznie konsumenci zainteresowani jego szczególnym „historycznym” wyglądem, nie usprawiedliwia uznania „krycia staroniemieckiego” za odrębny rynek.
- (46) Zgodnie z informacjami głównego skarżącego całkowita produkcja łupkowych płytek dachowych we Wspólnocie wynosi 743 000 ton. Hiszpania jest zdecydowanie największym producentem łupkowych płytek dachowych i eksportuje znaczną część swojej produkcji. Niemcy produkują ok. 9 000 do 10 000 ton łupkowych płytek dachowych. Według danych Niemiec w 2002 roku wwieziono ponad 100 000 ton hiszpańskich łupkowych płytek dachowych. Komisja stoi zatem na stanowisku, że na rynku łupkowych płytek dachowych ma miejsce wymiana handlowa między państwami członkowskimi,

a przedsiębiorstwo Magog konkuruje z producentami z pozostałych państw członkowskich.

- (47) Środek przeprowadził kraj związkowy Północna Nadrenia-Westfalia. Jest on zatem finansowany z zasobów państwowych i należy przypisać go państwu.
- (48) W związku z tym Komisja doszła do wniosku, że dotacje należy uznać za pomoc państwa w myśl art. 87 ust. 1 Traktatu WE i zbadać jej zgodność ze wspólnym rynkiem.

6.2 Wyjątki zgodnie z art. 87 ust. 2 i 3 Traktatu WE

- (49) Art. 87 ust. 2 i 3 Traktatu WE przewiduje wyjątki od ogólnego zakazu pomocy określonego w ust. 1.
- (50) Wyjątki wymienione w art. 87 ust. 2 Traktatu WE nie mają zastosowania w niniejszym przypadku, ponieważ pomoc nie ma charakteru socjalnego, nie została przyznana indywidualnym konsumentom, nie ma na celu naprawienia szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi lub innymi zdarzeniami nadzwyczajnymi; ponadto pomocy nie przyznano gospodarce niektórych regionów Republiki Federalnej Niemiec dotkniętych podziałem Niemiec.
- (51) Odnośnie do możliwych wyjątków w myśl art. 87 ust. 3 Traktatu WE należy po pierwsze stwierdzić, że projektu nie przeprowadzono w regionie wsparcia w myśl art. 87 ust. 3 lit. a) lub c) Traktatu WE, zatem nie można uznać go za wsparcie regionalne.

Badania i Rozwój

- (52) Rozporządzenie Komisji (WE) nr 70/2001 w wersji rozporządzenia (WE) nr 364/2004⁽⁶⁾, które rozszerza zakres stosowania pomocy na rzecz badań i rozwoju, dopuszcza pomoc państwa na rzecz MŚP ukierunkowaną na badania podstawowe, badania przemysłowe oraz rozwój przedkonkurencyjny. Chociaż niniejszy środek przyznano przed wejściem w życie rozporządzenia (WE) nr 364/2004, rozporządzenie (WE) nr 70/2001 stosuje się w zmienionej formie, ponieważ w myśl art. 9a tego rozporządzenia, pomoc indywidualna, którą przyznano przed wejściem w życie rozporządzenia (WE) nr 364/2004 bez pozwolenia Komisji i niezgodnie z art. 88 ust. 3, jest zgodna ze wspólnym rynkiem, jeśli spełnia warunki rozporządzenia (WE) nr 70/2001 w zmienionej wersji.
- (53) W art. 2 rozporządzenia (WE) nr 70/2001 badania podstawowe oznaczają działania mające na celu rozszerzenie wiedzy technicznej i naukowej, niezwiązane z celem przemysłowym czy też handlowym. Badania przemysłowe oznaczają planowane prace badawcze lub też badania rozstrzygające mające na celu zdobycie nowych wiadomości z założeniem, że wiedza taka może być przydatna w rozwoju nowych produktów, procesów lub usług czy też może doprowadzić do znacznego ulepszenia już istniejących produktów, procesów lub usług. Ponieważ niniejszy projekt dotyczy rozwoju prototypu oraz dwóch urządzeń, które zostaną zastosowane w produkcji, jednoznacznie nie chodzi o badania podstawowe lub przemysłowe.

⁽⁶⁾ Dz.U. L 63 z 28.2.2004, str. 22.

- (54) Ten sam artykuł definiuje rozwój przedkonkurencyjny jako przekształcenie rezultatów badań przemysłowych w plan, organizację lub projekt nowych, zmienionych lub udoskonalonych produktów, procesów lub usług, zarówno tych planowanych na sprzedaż, jak i do użytku, łącznie z tworzeniem wstępnych prototypów, które nie mogą być wykorzystywane w celach handlowych. Termin ten może również obejmować sformułowania i projekty koncepcyjne innych produktów, procesów lub usług oraz wstępne projekty demonstracyjne lub projekty pilotażowe, przy założeniu, że projektów takich nie można przetworzyć lub wykorzystać w przemyśle lub do celów handlowych.
- (55) Komisja stwierdziła, że pierwszy etap projektu obejmował powstanie prototypu oraz dwóch urządzeń, które ostatecznie włączono do procesu produkcyjnego. Rozwój przedkonkurencyjny nie dotyczy dwóch wyżej wymienionych urządzeń, ponieważ są one stosowane w produkcji. Jednakże powstanie prototypu można, zdaniem Komisji, uznać za rozwój przedkonkurencyjny. Prototyp jest częścią projektu ulepszonego procesu produkcyjnego. Nie jest on stosowany w produkcji, ponieważ został zdemontowany w 2003 r. Jeżeli chodzi o innowacyjny charakter, Komisja przyjmuje do wiadomości twierdzenie Niemiec, że powstały prototyp różni się znacznie od maszyn do wykańczania stosowanych w produkcji popularnego łupku w Hiszpanii, które nie nadają się do produkcji „krycia staroniemieckiego”. Ponadto projekt zaowocował przyznaniem patentów przedsiębiorstwu Magog.
- (56) W myśl art. 5a ust. 3 rozporządzenia (WE) nr 70/2001 dopuszczalna intensywność pomocy na rozwój przedkonkurencyjny małych i średnich przedsiębiorstw wynosi 35 % brutto uznanych kosztów projektu. Art. 5a ust. 4 dopuszcza wyższy pułap pomocy, do 10 punktów procentowych, jeśli wyniki projektu zostaną szeroko udostępnione na konferencjach technicznych i naukowych lub opublikowane w fachowych czasopismach technicznych i naukowych.
- (57) Część wyników udostępniono innemu przedsiębiorstwu w formie licencji. Ponadto wyniki projektu należy opublikować w czasopiśmie fachowym. Komisja doszła zatem do wniosku, że można podwyższyć pułap pomocy brutto w wysokości 35 % o dalsze 10 punktów procentowych, co daje dopuszczalny pułap pomocy w wysokości 45 %. Ponieważ koszty prototypu wyniosły 464 410 EUR, dopuszczalna pomoc wynosi 208 985 EUR.
- (58) Ponadto analizę wykonalności w ramach etapu 1 można uznać za techniczną analizę możliwości wykonania poprzedzającą rozwój przedkonkurencyjny w rozumieniu art. 5b rozporządzenia (WE) nr 70/2001, dla której dopuszczalna jest intensywność pomocy do 75 %. Koszty analizy wykonalności wyniosły 25 565 EUR, zatem dopuszczalna kwota pomocy to 19 174 EUR. Łącznie dopuszczalna pomoc w myśl rozporządzenia (WE) nr 70/2001 wynosi 228 158 EUR.
- Inwestycje w aktywa materialne i wartości niematerialne i prawne*
- (59) Zgodnie z pkt 55 powstanie urządzeń 2 i 3 używanych do produkcji handlowej nie stanowi rozwoju przedkonkurencyjnego, stąd nie można ich uwzględnić w pomocy na rzecz badań i rozwoju. Jednocześnie powstanie wspomnianych urządzeń można postrzegać jako inwestycję w aktywa materialne i wartości niematerialne i prawne w rozumieniu rozporządzenia (WE) nr 70/2001, ponieważ w ten sposób osiągnięto zdecydowaną zmianę procesu produkcyjnego w przedsiębiorstwie Magog dzięki racjonalizacji i modernizacji istniejącego procesu produkcyjnego.
- (60) Art. 4 rozporządzenia (WE) nr 70/2001 dopuszcza pomoc na rzecz inwestycji w aktywa materialne i wartości niematerialne i prawne do 15 % intensywności pomocy brutto w przypadku małych przedsiębiorstw. W myśl art. 2 inwestycje w aktywa materialne oznaczają inwestycję w fizyczne aktywa trwale związane z tworzeniem nowego przedsiębiorstwa, rozszerzeniem istniejącego przedsiębiorstwa lub zaangażowaniem w działalność wymagającą fundamentalnej zmiany w wytwarzanym produkcie lub procesie produkcyjnym istniejącego przedsiębiorstwa (w szczególności poprzez racjonalizację, dywersyfikację lub modernizację). Inwestycje w aktywa materialne oznaczają inwestycje w transfer technologii poprzez nabycie praw patentowych, licencji, know-how lub nieopatentowanej wiedzy technicznej.
- (61) Koszty urządzenia 2 i 3 wynoszą 733 970 EUR. Niemcy stoją na stanowisku, że także koszty etapu 2 i 3 oraz drążenie chodnika zostaną uznane za inwestycje w aktywa materialne i wartości niematerialne i prawne w myśl rozporządzenia (WE) nr 70/2001 oraz na tej podstawie stanowią koszt uznany.
- (62) Zdaniem Komisji koszty wybudowania hali na potrzeby nowego procesu produkcyjnego (pkt 2 tabeli 2), zakup piły na potrzeby nowego procesu produkcyjnego (pkt 3) oraz inwestycje w uzdatnianie wody (pkt 4) i przyłączenie biura (pkt 5) stanowią inwestycje w aktywa materialne w rozumieniu rozporządzenia (WE) nr 70/2001. Inwestycje te stanowią część projektu na rzecz racjonalizacji i modernizacji procesu produkcyjnego przedsiębiorstwa Magog, zatem są w myśl rozporządzenia (WE) nr 70/2001 kosztami uznanymi. Zdaniem Komisji także honorarium architekta za zbudowanie „hali 2005” (3 600 EUR) kwalifikuje się do objęcia pomocą, ponieważ wchodzi w skład kosztów „hali 2005”. Koszty tych środków wynoszą łącznie 522 859 EUR.
- (63) Inaczej niż Niemcy Komisja doszła do wniosku, że pozostałe koszty etapu 2 i 3 oraz drążenia chodnika nie kwalifikują się do objęcia pomocą. Koszty inwestycji w „hali 2002” (pkt 1 tabela 2) dotyczą remontu i renowacji istniejącej hali do cięcia w 2002 roku oraz jako takie stanowią wyłącznie inwestycję zastępczą, która w myśl rozporządzenia (WE) nr 70/2001 nie kwalifikuje się do objęcia pomocą.

- (64) Urządzenie do przycinania jest maszyną stosowaną w wydobywaniu węgla w kopalni (pkt 6). Zdaniem Komisji nabycie tej maszyny nie stanowi inwestycji w aktywa materialne w rozumieniu rozporządzenia (WE) nr 70/2001, w przypadku nabycia tej maszyny mamy raczej do czynienia wyłącznie z kosztami działalności. Nabycie urządzenia do przycinania nie stanowi części projektu inwestycyjnego na rzecz racjonalizacji oraz modernizacji procesu produkcyjnego przedsiębiorstwa Magog.
- (65) Koszty patentów w formie honorarium adwokackiego za zgłoszenie patentów (pkt 7) powiązane są wprowadzanie z projektem racjonalizacji i modernizacji, lecz nie kwalifikują się do objęcia ich pomocą w rozumieniu rozporządzenia (WE) nr 70/2001, ponieważ nie są inwestycją w wartości niematerialne i prawne.
- (66) Koszty drążenia chodnika w latach 2002 do 2005 (pkt 8) oraz planowane koszty drążenia chodnika w latach 2006 do 2007 (pkt 9) stanowią zdaniem Komisji zwykle koszty działalności i nie należy ich postrzegać jako inwestycji w aktywa materialne w rozumieniu rozporządzenia (WE) nr 70/2001. To samo dotyczy kosztów kierownika projektu i inżyniera 2004/2005 związanych z drążeniem chodnika (pkt 10).
- (67) Ponadto zdaniem Komisji koszty powstałe w 2005 r. z tytułu wyburzenia budynku (pkt 11) nie kwalifikują się do objęcia ich pomocą, gdyż wyburzenie nie jest częścią projektu inwestycyjnego na rzecz racjonalizacji oraz modernizacji procesu produkcyjnego. Jest to raczej zwykła działalność handlowa prowadzona przez przedsiębiorstwo Magog i definicja inwestycji w aktywa materialne i wartości niematerialne i prawne rozporządzenia (WE) nr 70/2001 jej nie obejmuje. Pozostała część honorarium architekta (pkt 12), niezwiązana z „halą 2005”, zdaniem Komisji, również nie stanowi części projektu inwestycyjnego, ponieważ to honorarium nie jest powiązane z inwestycjami, które są częścią projektu modernizacji i racjonalizacji.
- (68) Komisja doszła zatem do wniosku, że w rozumieniu rozporządzenia (WE) nr 70/2001 kwalifikujące się do objęcia pomocą koszty z tytułu inwestycji w aktywa materialne i wartości niematerialne i prawne wynoszą 733 970 EUR za etap 1 oraz 522 859 EUR za etapy 2 i 3, tzn. łącznie 1 256 829 EUR. Dopuszczalna intensywność pomocy dla małych przedsiębiorstw to 15 %, stąd dopuszczalna kwota pomocy z tytułu inwestycji w aktywa materialne i wartości niematerialne i prawne wynosi 188 524 EUR.
- (69) Komisja stoi na stanowisku, że w niniejszym przypadku nie można zastosować żadnych innych wytycznych wspólnotowych lub rozporządzeń dotyczących m. in. pomocy na rzecz ratowania przedsiębiorstw i restrukturyzacji, ochrony środowiska, wykształcenia, zatrudnienia lub kapitału ryzyka.

- (70) Komisja zbadała także, czy pomocy jest zgodna ze wspólnym interesem oraz szczególnie z celem dotyczącym ochrony zdrowia i bezpieczeństwa pracowników w rozumieniu art. 137 Traktatu WE. W myśl art. 137 Traktatu WE Wspólnota wspiera i uzupełnia działania państw członkowskich między innymi w dziedzinach polepszania i bezpieczeństwa środowiska pracy w celu ochrony zdrowia i bezpieczeństwa pracowników, i warunków pracy. Komisja doszła do wniosku, że na tej podstawie pomocy nie można uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem, ponieważ nie jest ona przede wszystkim ukierunkowana na polepszenie środowiska pracy w celu ochrony zdrowia i bezpieczeństwa pracowników, lecz racjonalizację i modernizację procesu produkcyjnego przedsiębiorstwa Magog. Fakt, że projekt (efekt uboczny) przyczynia się także do polepszenia warunków pracy pracowników oraz ogranicza pracę ręczną i obciążenie hałasem w miejscu pracy, nie przeczy powyższemu wnioskowi.

VII. WNIOSEK

- (71) Komisja stwierdza, że pomoc w wysokości 702 093 EUR, którą Niemcy przyznały przedsiębiorstwu Magog, jest nielegalna i narusza art. 88 ust. 3 Traktatu WE. Zdaniem Komisji kwotę 416 683 EUR (228 158 EUR na BiR oraz 188 524 EUR na inwestycje w majątek trwały i wartości niematerialne i prawne⁽⁷⁾) w myśl rozporządzenia (WE) nr 70/2001 można uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem. Pozostała kwota 285 410 EUR nie jest zgodna ze wspólnym rynkiem i należy ją zwrócić,

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

Pomoc państwa w wysokości 416 683 EUR przyznana przez Niemcy na rzecz przedsiębiorstwa Schiefergruben Magog GmbH & Co. KG jest zgodna ze wspólnym rynkiem w myśl art. 87 ust. 3 lit. c).

Artykuł 2

Pomoc państwa w wysokości 285 410 EUR przyznana przez Niemcy na rzecz przedsiębiorstwa Schiefergruben Magog GmbH & Co. KG nie jest zgodna ze wspólnym rynkiem.

Artykuł 3

1. Niemcy podejmą wszystkie konieczne środki w celu windykacji od beneficjenta przyznanej nielegalnie pomocy, o której mowa w art. 2.

2. Windykacja pomocy nastąpi natychmiast zgodnie z procedurami przewidzianymi w prawie krajowym, pod warunkiem, że przewidują one bezzwłoczne wykonanie tej decyzji. Pomoc podlegająca windykacji obejmuje odsetki naliczone od dnia, w którym pomoc przyznana bezprawnie została udostępniona beneficjentowi, do daty jej faktycznej windykacji.

⁽⁷⁾ W wyniku zaokrągleń suma poszczególnych liczb nie jest zgodna z kwotą wymienioną jako łączna.

3. Odsetki podlegające windykacji w myśl ust. 2 zostaną naliczone zgodnie z art. 9 i 11 rozporządzenia Komisji (WE) nr 794/2004 ⁽⁸⁾.

4. W terminie dwóch miesięcy od daty ogłoszenia niniejszej decyzji Niemcy rozpoczną formalną procedurę windykacji w stosunku do beneficjenta określonego w art. 2 o zwrot nielegalnej i niezgodnej ze wspólnym rynkiem pomocy oraz naliczonych odsetek.

Artykuł 4

W terminie dwóch miesięcy od daty ogłoszenia niniejszej decyzji Niemcy poinformują Komisję o środkach podjętych celem

wykonania decyzji, stosując w tym celu załączony do niniejszej decyzji formularz.

Artykuł 5

Decyzja jest skierowana do Republiki Federalnej Niemiec.

Bruksela, dnia 8 marca 2006 r.

W imieniu Komisji
Neelie KROES
Członek Komisji

⁽⁸⁾ Dz.U. L 140 z 30.11.2004, str. 1

ZAŁĄCZNIK

INFORMACJE DOTYCZĄCE WYKONANIA DECYZJI KOMISJI C(2006) 641

1. **Obliczenie kwoty podlegającej zwrotowi**

- 1.1. Prosimy o przedłożenie następujących danych szczegółowych dotyczących wysokości kwoty przyznanej nielegalnej pomocy, którą udostępniono beneficjentowi:

Data (daty) płatności ^(°)	Wysokość pomocy ^(*)	Waluta	Beneficjent

^(°) Data(y) udostępnienia (poszczególnych rat) pomocy beneficjentowi (jeśli środki wypłacono w kilku ratach i tak odbywał będzie się ich zwrot, należy użyć oddzielnych wierszy dla ich wymienienia)

^(*) Wysokość przyznanej beneficjentowi pomocy (ekwiwalent pomocy brutto)

Uwagi:

- 1.2. Prosimy o dokładne wyjaśnienie sposobu wyliczenia odsetek, które należy zapłacić od pomocy podlegającej windykacji.

2. **Zaplanowane i już podjęte działania w celu windykacji pomocy państwa**

- 2.1. Prosimy o dokładne opisanie, jakiego rodzaju działania zostały podjęte oraz jakie zaplanowano, aby przeprowadzić bezpośrednią i skuteczną windykację pomocy państwa. Prosimy o wyjaśnienie, jakie istnieją działania alternatywne na podstawie prawa krajowego w celu przeprowadzenia windykacji. Prosimy o udzielenie informacji, jeśli istnieje, o podstawie prawnej przeprowadzonych/zaplanowanych działań.
- 2.2. Kiedy windykacja pomocy zostanie zakończona?

3. **Windykacja przeprowadzona**

- 3.1. Prosimy o przedłożenie następujących danych dotyczących pomocy, którą beneficjent już zwrócił

Data (daty) ^(°)	zwrócona kwota	waluta	Beneficjent

^(°) Data(y) zwrotu pomocy

- 3.2. Prosimy o potwierdzenie kwot zwróconej pomocy, które wymieniono w powyższej tabeli w punkcie 3.1.

DECYZJA KOMISJI**z dnia 8 marca 2006 r.****dotycząca pomocy państwa – Francja – Pomoc na ratowanie i restrukturyzację przedsiębiorstwa Air Lib**

(notyfikowana jako dokument nr C(2006)649)

(Jedynie tekst w języku francuskim jest autentyczny)

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(2006/745/WE)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

(6)

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, w szczególności jego art. 88 ust. 2 akapit pierwszy,

uwzględniając Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym, w szczególności jego art. 62, ustęp 1, lit. a),

po wezwaniu zainteresowanych stron do przedstawienia uwag zgodnie z wymienionymi artykułami ⁽¹⁾,

a także mając na uwadze, co następuje:

I. PROCEDURA

- (1) Pismem z dnia 22 stycznia 2002 r. Francja zgłosiła Komisji Europejskiej program pomocy w celu ratowania przewoźnika lotniczego spółki dominującej AOM Air Liberté (zwanego dalej „Air Lib” lub „przewoźnikiem”).
- (2) Ponieważ środek ten został wprowadzony w życie niezgodnie z prawem, przed zatwierdzeniem go przez Komisję, zarejestrowano go jako pomoc niezgłoszoną pod numerem NN 42/2002
- (3) W piśmie z dnia 24 stycznia 2003 r. Komisja poinformowała Francję o swojej decyzji o wszczęciu postępowania przewidzianego w art. 88 ust. 2 Traktatu WE w odniesieniu do tego środka.
- (4) Decyzja Komisji w sprawie wszczęcia postępowania została opublikowana w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ⁽²⁾. Komisja wezwała zainteresowane strony do przedstawienia swych uwag w sprawie przedmiotowej pomocy w terminie jednego miesiąca od daty opublikowania, tzn. do dnia 11 maja 2003 r.
- (5) W pismach z dnia 9. i 12. maja 2003 r. Komisja otrzymała uwagi w tej sprawie od zainteresowanej strony trzeciej. Na żądanie Komisji sformułowane w dniu 21 maja, wspomniana wyżej strona trzecia wyraziła zgodę na ujawnienie swoich uwag. Zostały one przekazane Francji w piśmie z dnia 23 czerwca 2003 r. z terminem miesięcznym na ich skomentowanie. Jednocześnie w piśmie z dnia 19 maja 2003 r. Francja przekazała swoją odpowiedź w sprawie wszczęcia postępowania.

⁽¹⁾ Decyzja z dnia 21 stycznia 2003 r. opublikowana w Dz.U. C 88 z 11.4.2003, str. 2.

⁽²⁾ Patrz: przypis na stronie 1.

II. SZCZEGÓŁOWY OPIS POMOCY**Kontekst**

- (7) W wyniku decyzji podjętej przez akcjonariuszy, w szczególności linii lotniczych Swissair, o zaprzestaniu strategii inwestowania oraz wobec braku nowych inwestorów, w odniesieniu do spółek Air Liberté AOM (dawniej AOM Minerve), Air Liberté i pięciu spółek zależnych, w dniu 19 czerwca 2001 r. Sąd Handlowy w Créteil wszczął procedurę upadłościową. Następnie, w dniu 27 lipca 2001 r., za symboliczną sumę jednego franka, sąd powierzył aktywa upadłych spółek spółce Holco, a następnie każdej zależnej od niej spółce. W dniu 24 sierpnia 2001 r. została utworzona w tym celu Air Lib (nazwa handlowa spółki dominującej AOM Air Liberté S.A.), spółka zależna od Holco SAS będącej w posiadaniu prawie w 100 % przez pana Corbet.
- (8) W dniu 1 sierpnia 2001 r. sąd zatwierdził również zasadę transakcji proponowanej przez byłych akcjonariuszy, zgodnie z którą Swissair zobowiązywał się do przekazania sumy 1,5 mld FRF (tzn. 228,7 mln EUR). W rzeczywistości, na początku września 2001 r., przed ogłoszeniem swojej upadłości, Swissair przekazał jedynie 1,050 MF (tzn. 160 mln EUR). W wyniku braku funduszy oraz wobec dodatkowych trudności spowodowanych wydarzeniami z 11 września 2001 r., przewoźnik prognozował straty na lata 2001 i 2002. Francja wprowadziła zatem pomoc na rzecz ratowania przewoźnika; pomoc, trwająca maksymalnie sześć miesięcy z możliwością przedłużenia, wynosząca maksymalnie 30,5 mln EUR (200 mln FRF), została przekazana w dniu 9 stycznia 2002 r. w wysokości 16,5 mln EUR; pozostała kwota wynosząca 14 mln EUR została przekazana w dniu 28 lutego 2002 r. Pomoc ta pokryła prawdopodobnie jedynie część krótkoterminowych potrzeb przewoźnika. Wobec braku jakiegokolwiek powiadomienia o planie restrukturyzacji przedsiębiorstwa oraz braku dowodu na spłacanie pożyczki, w dniu 9 lipca 2002 r. Komisja zawiadomiła Francję, że sprawa jest rozpatrywana pod kątem nielegalnie przyznanej pomocy na restrukturyzację.

- (9) Według informacji dostępnych w prasie lub na stronie internetowej przewoźnika, w rzeczywistości wydaje się, że przewoźnik uruchomił liczne nowe linie; początkowo od zimy 2001 r. była to linia do Afryki Północnej, następnie od kwietnia 2002 r., przedsiębiorstwo Air Lib Express we Francji proponowało tanie przeloty (low cost); w końcu, począwszy od końca października 2002 r. Air Lib wprowadziło loty low cost z Paryża do Włoch. W międzyczasie okazało się także, że nie zostały prawdopodobnie spłacone zobowiązania handlowe lub zostały przyznane szczególne korzyści: przełożenie płatności składek na ubezpieczenia społeczne, zaliczki wpłacone przez Air France, zwolnienie z VAT... W rezultacie, według wiadomości podawanych w prasie, na dzień 1 listopada 2002 r. dług Air Lib w stosunku do organizacji i przedsiębiorstw państwowych miał wynosić ogółem około 90 mln EUR. Rozważana była również możliwość przejęcia Air Lib przez grupę holenderską IMCA, akcjonariusza wspólnotowego.

III. UWAGI ZAINTERESOWANYCH STRON

- (10) W swoich uwagach skierowanych do Komisji, zainteresowana strona trzecia, francuski przewoźnik lotniczy S. A. Corse Air International („Corsair”), przekazała przede wszystkim dokumenty prawne przedstawiające postępowanie sądowe wszczęte przed sądem francuskim. Na początku 2003 r. Corsair pozwał Air Lib przed Sąd Handlowy w Créteil w celu stwierdzenia istnienia niezgodnej z prawem pomocy, z której skorzystał według niego Air Lib oraz w celu spowodowania jej zwrotu, jak również zaprzestania wymienionych powyżej działań handlowych, które Corsair uważał za nieuczciwe praktyki wynikające ze wspomnianej wyżej niezgodnej z prawem pomocy.
- (11) Zgodnie z orzeczeniem z dnia 12 lutego 2003 r. oraz w wyniku między innymi postępowania wszczętego z inicjatywy Komisji, sąd uznał się za niekompetentny. Przedstawiając informacje przez Komisję, pragnął spowodować zajęcie stanowiska przez Komisję, powołując się na fakt, że decyzja sądu wydawała mu się sprzeczna z jego praktyką decyzyjną i z orzecznictwem wspólnotowym.
- (12) Corsair przedstawił również argumenty wspierające opinie krytyczne Komisji dotyczące początkowej pomocy państwa, rozwoju handlowego przedsiębiorstwa i innych wspierających środków podatkowych i socjalnych, z których miałyby ono korzystać.

IV. UWAGI FRANCJI

- (13) W dniu 19 maja 2003 r. władze francuskie powiadomiły Komisję, że ponieważ projekt przejęcia Air Lib przez IMCA nie doszedł do skutku, w dniu 5 lutego 2003 r. nie przedłużyły Air Lib jego czasowej licencji na prowadzenie działalności, której ważność dobiegała końca. Z tej przyczyny oraz wobec poważnych trudności finansowych, w dniu 13 lutego 2003 r. Air Lib ogłosiło swoje

bankructwo przed Sadem Handlowym w Créteil, który w dniu 17 lutego postawił przedsiębiorstwo w stan likwidacji; likwidacja ta została potwierdzona w apelacji z dnia 4 kwietnia.

- (14) Ponieważ żadna procedura podjęcia na nowo działalności nie wydawała się możliwa, w dniu 30 marca 2003 r. koordynator lotnisk Paryża przystąpił do ponownego rozdzielania puli około 35 000 uwolnionych przydziałów czasowych.
- (15) Francja wskazała zatem, że według niej formalne postępowanie wyjaśniające wszczęte w dniu 21 stycznia 2003 r. staje się od tego momentu bezprzedmiotowe, gdyż sądowe postępowanie likwidacyjne jest jednym z rozwiązań przewidzianych w wytycznych wspólnotowych dotyczących pomocy państwa dla ratowania przedsiębiorstw.

V. WNIOSKI

- (16) Komisja stwierdza, że zakończenie działalności beneficjenta nastąpiło bez jakiegokolwiek przejścia go przez stronę trzecią w ramach postępowania sądowego lub postępowania innego rodzaju. Skończyły się zatem wszelkie możliwe zakłócenia konkurencji wynikające ze środka podjętego przez władze francuskie na rzecz Air Lib.
- (17) Ponadto Komisja przypomina, że ust. 23 wytycznych wspólnotowych w sprawie pomocy państwa dla celów ratowania i restrukturyzacji zagrożonych przedsiębiorstw, opublikowanych w 1999 r. ⁽³⁾ określa istotnie, że likwidacja przedsiębiorstwa jest jednym z powodów wygaśnięcia pomocy mającej na celu ratowanie przedsiębiorstwa.
- (18) W związku z powyższym formalne postępowanie wyjaśniające wszczęte w dniu 21 stycznia 2003 r. na mocy art. 88 ust. 2 Traktatu WE stało się bezprzedmiotowe,

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

Niniejszym zamyka się postępowanie wszczęte w dniu 21 stycznia 2003 r. na mocy art. 88 ust. 2 Traktatu WE wobec holdingowej spółki dominującej AOM Air Liberté, zwanej „Air Lib”.

Artykuł 2

Niniejsza decyzja skierowana jest do Republiki Francuskiej.

Sporządzono w Brukseli, dnia 8 marca 2006 r.

W imieniu Komisji
Jacques BARROT
Wiceprzewodniczący

⁽³⁾ Dz.U. C 288 z 9.10.1999, str. 2.

DECYZJA KOMISJI**z dnia 4. aprīlis 2006.****w sprawie planowanej pomocy Królestwa Niderlandów dla projektu „Marktpassageplan”
w Haaksbergen. Pomoc nr C 33/2005 (ex N 277/2004)***(notyfikowana jako dokument nr C(2006) 1184)***(Jedynie tekst w języku niderlandzkim jest autentyczny)****(Tekst mający znaczenie dla EOG)**

(2006/746/WE)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

2. OPIS

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, w szczególności jej artykuł 88 ust. 2 akapit pierwszy,

uwzględniając Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG), w szczególności art. 62 ust.1 lit. a),

po zaproszeniu zainteresowanych stron do zgłaszania uwag, zgodnie z powyższymi artykułami,

oraz mając na uwadze, co następuje:

1. POSTĘPOWANIE

- (1) Pismem z dnia 23 stycznia 2004 r., zarejestrowanym 23 lutego 2004 r., do Komisji wpłynęła skarga w sprawie ewentualnej pomocy dla projektu budowlanego w gminie Haaksbergen, Królestwo Niderlandów. Pismem z dnia 15 kwietnia 2004 r. Komisja poprosiła władze niderlandzkie o komentarz na temat tego środka pomocy. Pismem z dnia 18 maja 2004 r., zarejestrowanym dnia 25 maja 2004 r., Królestwo Niderlandów powiadomiło Komisję o tym, że wkrótce środek ten zostanie zgłoszony.
- (2) Pismem z dnia 25 czerwca 2004 r., zarejestrowanym dnia 30 czerwca 2004 r., Królestwo Niderlandów powiadomiło, że gmina Haaksbergen nosi się z zamiarem udzielenia pomocy przedsiębiorstwom budowlanym, które uczestniczyły przy projekcie „Marktpassageplan”. Pismem z dnia 12 lipca 2004 r. Komisja wystąpiła o bardziej szczegółowe informacje, których udzielono podczas spotkania z Komisją dnia 8 października 2004 r. oraz w piśmie z dnia 30 grudnia 2004 r., zarejestrowanym dnia 10 stycznia 2005 r. Królestwo Niderlandów udzieliło ponadto dodatkowych informacji pismem z dnia 11 maja 2005 r., zarejestrowanym dnia 18 maja 2005 r.
- (3) Pismem z dnia 21 września 2005 r. Komisja powiadomiła Królestwo Niderlandów o podjęciu decyzji w sprawie wszczęcia procedury określonej w art. 88 ust. 2 traktatu WE w związku z powyższą pomocą.
- (4) Decyzja Komisji o wszczęciu procedury została opublikowana w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ⁽¹⁾. Komisja zwróciła się do zainteresowanych stron o zgłaszanie uwag w sprawie przedmiotowej pomocy. Do Komisji nie wpłynęły żadne uwagi.
- (5) Odpowiedź Królestwa Niderlandów na wszczęcie formalnego postępowania wyjaśniającego została nadesłana pismem z dnia 29 grudnia 2005 r., zarejestrowanym dnia 5 stycznia 2006 r.

2.1. Projekt

- (6) Rada gminy Haaksbergen, liczącej 24 000 mieszkańców, położonej w prowincji Overijssel w pobliżu granicy z Niemcami, już od początku lat 90. nosiła się z planem rewitalizacji zaniedbanego centrum miasta. Z udziałem doradców przeanalizowano szereg projektów opracowanych dla potrzeb budowy tam mieszkań i lokali handlowych wysokiej jakości. Ani pierwsze przedsiębiorstwo budowlane, z udziałem którego gmina zamierzała zrealizować projekt, ani sama gmina nie była w stanie nabyć działek gruntu, niezbędnych dla realizacji tego projektu.
- (7) Pod koniec lat 90. działki zostały nabyte przez sześć przedsiębiorstw budowlanych, które następnie się połączyły. Opracowały one projekt, którego przedmiotem była budowa 58 mieszkań i 11 lokali handlowych. Projekt ten nie obejmował robót publicznych, które miały zostać wykonane przez przedsiębiorstwa budowlane, na przykład związanych z infrastrukturą, w celu ich późniejszego udostępnienia gminie. Projekt obejmował budowę lokali mieszkalnych i handlowych, które miały zostać sprzedane lub wynajęte prywatnym inwestorom. Z wyliczeń wynikało jednak, że projekt nie będzie rentowny.

2.2. Pomoc państwa

- (8) Biorąc pod uwagę duże znaczenie, jakie gmina przywiązywała do realizacji tego projektu sześciu przedsiębiorstw budowlanych, służącego rewitalizacji centrum miasta, władze gminy, mając świadomość, iż mogą liczyć na wsparcie prowincji, podjęły decyzję o udzieleniu pomocy dla projektu, szczególnie poprzez pokrycie spodziewanych strat z nim związanych. Gmina podpisała już z przedsiębiorstwami budowlanymi porozumienie o współpracy, jednak pomoc będąca przedmiotem tego porozumienia nie została jeszcze przyznana.
- (9) Pomoc państwa zostanie udzielona głównie w formie dotacji gminy w wysokości 2,98 miliona EUR na rzecz przedsiębiorstw budowlanych (środek 1). Kwota ta obejmuje równocześnie pomoc finansową w wysokości 453 780 EUR (1 000 000 NLG), która dla potrzeb tego projektu zostaje przyznana gminie przez prowincję i która pokrywa się ze spodziewanymi stratami związanymi z projektem, wyliczonymi na podstawie szacunkowych kosztów i dochodów.

⁽¹⁾ Dz.U. C 333 z 29.12.2005, str. 2.

- (10) Zgodnie z jednym z postanowień porozumienia o współpracy, niezależny biegły rewident dokona wyliczenia faktycznych kosztów i dochodów po odbiorze robót budowlanych. Jeżeli wyliczone przez biegłego w późniejszym terminie faktyczne straty okażą się mniejsze niż straty szacowane, na podstawie których ma zostać przyznana dotacja, gminie będzie musiało zostać zwróconych tylko 50 % części dotacji, przekraczającej faktycznie poniesione straty. Inaczej mówiąc, przedsiębiorcy budowlani mogą zatrzymać pozostałych 50 % tej części pomocy, która nie pokrywa faktycznie poniesionych strat. Postanowienie to będzie dalej zwane „postanowieniem o częściowym zwrocie”. Jeżeli poniesione straty są większe niż spodziewane, dotacja gminy nie zostaje podwyższona.
- (11) Oprócz postępowania dotyczącego pomocy w formie dotacji (środek 1) Komisja wszczęła równocześnie procedurę w sprawie trzech innych środków, które mogą zawierać pomoc. Drugi środek dotyczy nieodpłatnego przekazania przedsiębiorcom budowlanym⁽¹⁾ niektórych działek gruntu gminnego (środek 2). Zgodnie ze zgłoszeniem władz niderlandzkich, wartość tych działek wynosiła 233 295 EUR, jednak Komisja nie otrzymała jeszcze sprawozdania z ich wyceny. Gmina jest ponadto w 35 % odpowiedzialna za koszty, które mogłyby powstać po realizacji tego projektu (środek 3) w związku z roszczeniami odszkodowawczymi w rozumieniu art. 49 Ustawy o Zagospodarowaniu Przestrzennym. Za pozostałe 65 % odpowiedzialni są przedsiębiorcy budowlani. Nie było wreszcie jasne, czy gmina sprzedaje przedsiębiorcom budowlanym działkę gruntu i budynek po wartości księgowej czy raczej po wartości rynkowej (środek 4).
- (12) Po realizacji projektu gmina otrzyma nieodpłatnie niektóre działki gruntu, które zgodnie z pozwoleniem na budowę będą miały być wykorzystane jako powierzchnia publiczna. Zgłoszenie nie zawierało dokładnej wyceny przedmiotowych działek (środek 2bis).

2.3. Beneficjenci

- (13) Beneficjentami powyższego środka są uczestniczące w projekcie przedsiębiorstwa budowlane.
- (14) Pierwszym bezpośrednim beneficjentem jest przedsiębiorstwo Rabo Vastgoed B.V. Przedsiębiorstwo to wchodzi w skład dużej grupy działającej na rynkach międzynarodowych, zwłaszcza w sektorze finansowym. Rabo Vastgoed B.V. odpowiada za 25 % projektu.
- (15) Zgodnie z porozumieniem o współpracy drugim bezpośrednim beneficjentem jest Centrum Haaksbergen B.V. Przedsiębiorstwo to zostało utworzone przez pięć przedsiębiorstw budowlanych dla potrzeb realizacji omawianego projektu. Tych pięć przedsiębiorstw wykona wszystkie roboty budowlane, które zostały powierzone Centrum Haaksbergen B.V. Dlatego dotyczy to przede wszystkim konstrukcji prawnej *ad hoc* bez „prawdziwej” własnej działalności gospodarczej. W związku z powyższym można wyciągnąć wniosek, że przyznana Centrum Haaksbergen pomoc zostanie przekazana tym pięciu przedsiębiorstwom. Zdaniem władz niderlandzkich każde z nich jest odpowiedzialne za 15 % projektu. Królestwo Niderlandów powiadomiło równocześnie, że RoTij Bouwontwikkeling Oost B.V. działa na rynku krajowym, podczas gdy cztery pozostałe przedsiębiorstwa budowlane – Besathij B.V., Bouwbedrijf Assink Eibergen B.V., Bouwbedrijf Deeterink B.V. oraz Bouwburo Jan Scharenborg B.V. – są firmami regionalnymi lub lokalnymi.
- (16) Nawet jeżeli w niniejszej decyzji beneficjenci są określani jako przedsiębiorstwa „budowlane”, nie oznacza to, że ich działalność ogranicza się jedynie do branży budowlanej. Zajmują się one kompleksowym opracowaniem i realizacją projektów dotyczących nieruchomości.

2.4. Właściwe rynki

- (17) Właściwymi rynkami są rynek budowy i sprzedaży mieszkań oraz rynek budowy i wynajmu powierzchni handlowych. Z uwagi na to, że Haaksbergen leży w pobliżu granicy z Niemcami, prawdopodobne jest to, że niektórzy działający na tych rynkach niderlandzcy i niemieccy dostawcy oraz klienci prowadzą także działalność w sąsiednim kraju.

3. UZASADNIENIE WSZCZĘCIA FORMALNEGO POSTĘPOWANIA WYJAŚNIAJĄCEGO

- (18) Komisja wszczęła formalne postępowanie wyjaśniające, ponieważ miała wątpliwości co do tego, czy niektóre środki, które rada gminy zamierzała zrealizować, stanowiły pomoc państwa oraz wątpiła, czy pomoc ta mogła być traktowana jako zgodna ze wspólnym rynkiem.
- (19) W odniesieniu do ewentualnej kwalifikacji środków państwowych jako pomocy, Komisja wskazała przede wszystkim na to, że postanowienie o częściowym zwrocie zawierało korzyść dla przedsiębiorstw budowlanych.
- (20) Jeśli chodzi o ewentualne wyjątki od ogólnego zakazu pomocy państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1, po pierwsze Komisja wskazała na to, że automatyczne zwolnienie, o którym mowa w art. 87 ust. 2 lit. b) i c), nie znajdowało zastosowania w odniesieniu do przedmiotowych środków pomocy. Pomoc nie mogła być także w rozumieniu art. 87 ust. 2 lit. a) traktowana jako pomoc dla projektu o charakterze socjalnym, między innymi w związku z tym, że nabywanie nowych mieszkań nie jest zastrzeżone dla osób mniej uprzywilejowanych.
- (21) W odniesieniu do wyjątków, o których mowa w art. 87 ust. 3, Komisja wskazała na to, że gmina Haaksbergen nie jest położona w regionie objętym pomocą i dlatego nie może być uwzględniana do udzielenia pomocy regionalnej w rozumieniu art. 87 ust. 3 lit. a) i c). Odstępstwo od art. 87 ust. 3 lit. b) nie znajduje oczywiście zastosowania. Komisja określiła szereg wytycznych i przepisów ramowych, w których określone zostało, na jakich warunkach pomoc może być objęta zwolnieniem w rozumieniu art. 87 ust. 3 lit. c). Wytyczne te wydają się nie znajdować

⁽¹⁾ Sześć przedsiębiorstw budowlanych nabyło aktualnie od poprzednich prywatnych właścicieli około 90 % niezbędnych działek.

zastosowania w przedmiotowym przypadku. Rozważono także kwestię wyjątku w odniesieniu do obszarów miejskich w trudnej sytuacji⁽¹⁾. Projekt nie jest uwzględniany do objęcia tym wyjątkiem, między innymi z uwagi na to, że Haaksbergen nie jest takim obszarem w rozumieniu obwieszczenia Komisji. Obszar ten nie jest także, co jest logiczne, objęty europejskim programem URBAN II. Wyjątek, o którym mowa w art. 87 ust. 3 lit. d), nie znajduje wreszcie zastosowania w odniesieniu do kultury, ponieważ projekt ten dotyczy nowego budynku, a nie remontu istniejących budynków czy innego celu kulturalnego.

4. UWAGI ZAINTERESOWANYCH STRON

- (22) Do Komisji nie wpłynęły żadne uwagi od zainteresowanych stron.

5. UWAGI KRÓLESTWA NIDERLANDÓW

- (23) W swojej odpowiedzi na wszczęcie formalnego postępowania wyjaśniającego władze niderlandzkie udzieliły dodatkowych informacji na temat nieodpłatnego przekazania działek przez gminę oraz gminie (odpowiednio środek 2 i środek 2bis). Nieodpłatne przekazanie działek przedsiębiorstwu budowlanym (środek 2) dotyczy powierzchni 674 m². Gmina otrzymała z kolei 1077 m² (środek 2bis). Władze niderlandzkie przedłożyły sprawozdanie z wyceny, zgodnie z którym wartość przedmiotowego gruntu wynosi 135 EUR za m².
- (24) W odniesieniu do sprzedaży innej działki i budynku przez gminę przedsiębiorstwu budowlanym (środek 4) władze niderlandzkie udzieliły informacji, z których wynika że cena transakcji była znacznie wyższa niż cena, którą gmina kilka lat wcześniej zapłaciła za te nieruchomości.

6. OCENA POMOCY

6.1. Istnienie pomocy państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1, traktatu WE

Środki z budżetu państwa

- (25) W przypadku pięciu badanych środków chodzi wyraźnie o pomoc państwa. Dotacja (środek 1) stanowi bezpośrednie przekazanie środków gminnych. Przeniesienie prawa własności działek i budynków powoduje zmianę łącznej wartości majątku gminy (środek 2, 2bis i 4). Poza tym ostatni środek (środek 3) także zawiera środki z budżetu gminy, ponieważ udzielona zostaje gwarancja, z którą w przyszłości może się wiązać wypłata środków, i nie jest wymagana zapłata odpowiedniej premii gwarancyjnej.

Korzyść

- (26) Dotacje ze środków gminnych (środek 1) stanowią korzyść dla przedsiębiorstw będących beneficjentami; przedsiębiorstwa te otrzymują środki, których w innym przypadku w warunkach rynkowych by nie otrzymały.
- (27) Nieodpłatne przekazanie gruntu przez gminę (środek 2) zostaje na mocy omawianego porozumienia zrekompensowane przez przekazanie większej powierzchni (środek 2bis)

gminie. Zgodnie z przedłożonym przez Niderlandy sprawozdaniem z wyceny gmina otrzyma powierzchnię netto o wartości 54 405 EUR⁽²⁾. Z uwagi na to, że dwa środki łącznie nie stanowią korzyści dla przedsiębiorstw budowlanych.

- (28) Gmina będzie równocześnie odpowiedzialna za 35 % kosztów, które mogłyby powstać z tytułu roszczeń o odszkodowanie w związku z realizacją tego projektu (środek 3). W rozdziale 2 cz. 1 pkt 2.1.2, Obwieszczenia Komisji w sprawie zastosowania artykułów 87 i 88 traktatu WE do pomocy państwa w formie gwarancji⁽³⁾ zostaje określone: „*Korzyścią płynącą z gwarancji państwowej jest fakt, iż ryzyko związane z gwarancją ponosi strona państwowa. Za ponoszenie ryzyka, państwo powinno w zwykłych warunkach otrzymać wynagrodzenie w postaci odpowiedniej premii. Jeżeli państwo takiej premii nie otrzymuje, stanowi to zarazem korzyść dla przedsiębiorstwa oraz drenowanie państwowych zasobów. W ten sposób, nawet jeżeli nie wystąpiły żadne płatności ze środków państwowych w ramach gwarancji, może zachodzić sytuacja udzielenia pomocy państwowej w rozumieniu art. 87 ust.1. Pomoc udzielana jest w momencie udzielenia gwarancji, a nie w momencie, w którym gwarancja zostanie powołana lub w momencie dokonywania płatności na podstawie gwarancji. To, czy gwarancja stanowi pomoc państwową oraz jeżeli tak, to w jakiej wysokości, należy ocenić w momencie udzielenia gwarancji.*” W tym przypadku Komisja wskazuje na to, że ryzyko, iż w następstwie roszczeń z tytułu strat będą musiały zostać wypłacone odszkodowania, jest częściowo ponoszone przez państwo, oraz na to, że gmina nie otrzyma dopłaty z tytułu częściowej gwarancji. Dlatego środek ten umożliwi przedsiębiorstwu uniknięcie kosztów, które normalnie musiałyby ponieść w ramach projektu budowlanego, bądź w formie gwarancji/składki ubezpieczeniowej, bądź, w przypadku gdy nie zawierają one ubezpieczenia, w formie środków na ewentualną wypłatę odszkodowania. Dlatego można mówić o korzyści.
- (29) Jeśli chodzi o sprzedaż działek i nieruchomości przez gminę przedsiębiorstwu budowlanym (środek 4), dodatkowe informacje, których udzieliły władze niderlandzkie na temat ceny uiszczanej przez gminę za nabycie tych gruntów, rozwiewają wątpliwości wyrażone w decyzji o wszczęciu procedury w związku z ewentualnym ich nabyciem po wartości księgowej. Z dodatkowych dokumentów wynika, że gmina w krótkim czasie osiągnęła pokaźny zysk kapitałowy. Dlatego nie utraciła potencjalnych dochodów. Transakcja nie zawiera zatem korzyści dla przedsiębiorstw budowlanych.
- (30) Konkludując, można stwierdzić, że dwa środki przynoszą korzyść przedsiębiorstwu budowlanym (środek 1 i 3), jednak nie dotyczy to pozostałych środków (środek 2, 2bis i 4). Te ostatnie środki nie stanowią zatem pomocy państwa i nie będą przedmiotem dalszych analiz.
- (31) Powyżej zbadano potencjalne korzyści dla przedsiębiorstw budowlanych. Komisja musi także skontrolować, czy korzyść nie została częściowo przeniesiona na nabywców mieszkań i powierzchni handlowych lub osoby je wynajmujące. Osoby te mogą zresztą nabyć lub wynająć

⁽¹⁾ Obwieszczenie Komisji w związku z wygaśnięciem przepisów ramowych w sprawie pomocy państwa dla przedsiębiorstw w obszarach miejskich w trudnej sytuacji (Dz.U. C 119 z 22.5.2002, str. 21).

⁽²⁾ Przekazanie przedsiębiorstwu budowlanym: 674 m² × 135 EUR = 90 990 EUR; przekazanie gminie: 1 077 m² × 135 EUR = 145,395 EUR.

⁽³⁾ Dz.U. C 71 z 11.3.2000, str. 14

powierzchnię mieszkalną lub handlową, która w innej sytuacji prawdopodobnie nie istniałaby lub przynajmniej byłaby droższa. Byłaby to jednak korzyść pośrednia i rozproszona. W każdym razie nie jest prawdopodobne, aby korzyść dla 58 gospodarstw domowych wchodziła w zakres przepisów dotyczących pomocy państwa, jeśli chodzi o pośrednich odbiorców pomocy, nie prowadzących działalności gospodarczej. Dla podmiotów gospodarczych, takich jak 11 sklepów, ewentualna korzyść byłaby bardzo nieznaczna i w każdym razie kształtowałaby się poniżej poziomu, określonego w rozporządzeniu w sprawie pomocy *de minimis*. W związku z tym Komisja ograniczy postępowanie wyjaśniające do ewentualnej pomocy państwa na rzecz przedsiębiorstw budowlanych.

Selektywność

- (32) Środek posiada wyraźnie selektywny charakter, ponieważ jest ograniczony do przedsiębiorstw uczestniczących w tym projekcie.

Zakłócenie konkurencji

- (33) Dzięki pomocy państwa przedsiębiorstwa zrealizują projekt, który w innych warunkach byłby niedochodowy. Dotyczy on budowy i sprzedaży lub wynajmu mieszkań i powierzchni handlowej. Pomoc powoduje zatem bezpośrednio zakłócenie konkurencji, poprzez dodanie nowych mieszkań i sklepów do już istniejących.
- (34) Zakłócenie konkurencji może mieć ponadto miejsce w przypadku, gdy pomoc państwa przewyższa straty poniesione przez przedsiębiorstwa w ramach projektu. Dzięki tym dodatkowym dotacjom mogłyby się one na przykład, w przypadku przyszłych projektów budowlanych, ubiegać o niższe ceny lub mogłyby wykorzystywać te środki na inną działalność. Komisja wskazuje na to, że to dodatkowe zakłócenie nie miałyby miejsca w sytuacji, gdyby przedsiębiorstwa, na podstawie faktycznie poniesionych strat, zgodnie z wyliczeniem niezależnego biegłego rewidenta, musiały po ukończeniu projektu, zwrócić w całości część dotacji, przewyższającą te straty. Komisja stwierdza, że przepis o częściowym zwrocie umożliwia przedsiębiorstwom zatrzymanie 50 % części dotacji, przekraczającej straty. Tego dodatkowego zakłócenia nie może w związku z tym wykluczyć.

Wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi

- (35) Komisja zauważa, że Haaksbergen jest położone w pobliżu granicy z Niemcami. Dlatego szereg niemieckich przedsiębiorstw budowlanych jest obecnych na rynku budowy i sprzedaży lub wynajmu mieszkań i powierzchni handlowej. Z drugiej strony Komisja wskazuje na to, że szereg odnośnych przedsiębiorstw działa na rynkach międzynarodowych. Dlatego należy mówić przynajmniej o potencjalnym niekorzystnym wpływie na wymianę handlową.
- (36) Dotacje (środek 1) i gwarancja częściowa (środek 3) można na podstawie art. 87 ust. 1 traktatu WE traktować jako pomoc państwa. Nieodpłatne przekazanie netto działek (środek 2 i 2bis, realizowane wspólnie), jak również

sprzedaż działki i budynku (środek 4) nie stanowią pomocy państwa.

6.2. Zgodność ze wspólnym rynkiem

- (37) W swoim zgłoszeniu Królestwo Niderlandów nie wysunęło żadnych roszczeń do szczególnego zwolnienia z ogólnego zakazu pomocy państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1, na podstawie którego pomoc mogłaby zostać zatwierdzona.
- (38) Jak już zauważono powyżej, w swojej decyzji o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego Komisja wątpiła co do tego, czy pomoc ta może być traktowana jako zgodna ze wspólnym rynkiem w świetle wyjątków, o których mowa w art. 87 ust. 2 i art. 87 ust. 3 lit. a), b) i d), bądź w wytycznych i przepisach ramowych, określonych na podstawie art. 87 ust. 3 lit. c). W swojej odpowiedzi na wspomnianą decyzję Królestwo Niderlandów nie zgłosiło żadnych uwag co do zgodności pomocy ze wspólnym rynkiem. Dalsza analiza Komisji nie ujawniła żadnych nowych elementów. Dlatego Komisja wyciąga wniosek, że zgodnie ze wspomnianą podstawą prawną pomocy tej nie można uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem.
- (39) Jeśli chodzi o potencjalną zgodność ze wspólnym rynkiem w rozumieniu art. 86 ust. 2, Komisja wyraża opinię, iż działalność gospodarcza, którą ułatwia odnośna pomoc, a mianowicie budowa i sprzedaż oraz wynajem wysokiej jakości mieszkań i powierzchni handlowej w przypadku gdy ich dostępność nie ogranicza się do określonej grupy społecznej, z całą pewnością nie może być traktowana jako usługa świadczona w ogólnym interesie gospodarczym. Na tę kwestię Królestwo Niderlandów również się nie powołało. Artykuł 86 ust. 2 nie może być zatem stosowany w odniesieniu do przedmiotowej pomocy.
- (40) W związku z tym Komisja zbada, czy pomoc, której dotyczą środki 1 i 3, nie może być traktowana jako bezpośrednio zgodna ze wspólnym rynkiem w rozumieniu art. 87 ust. 3 lit. c), w którym określone zostało, że „pomoc przeznaczona na ułatwianie rozwoju niektórych działań gospodarczych lub niektórych regionów gospodarczych, o ile nie zmienia ona warunków wymiany handlowej w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem” może być traktowana jako zgodna ze wspólnym rynkiem.
- (41) Po zbadaniu, czy pomoc jest bezpośrednio zgodna ze wspólnym rynkiem w rozumieniu art. 87 ust. 3 lit. c), Komisja uwzględni najpierw cele Wspólnoty, a w drugiej kolejności sprawdzi, czy planowana pomoc jest odpowiednia i proporcjonalna do zakładanych celów oraz czy nie wywiera nieproporcjonalnie niekorzystnego wpływu na konkurencję i handel.
- (42) W odniesieniu do celów, do których realizacji przyczynia się wspierany projekt, Komisja zauważa, co następuje: Władze niderlandzkie oświadczyły, że przeprowadzone w 2001 roku badania wykazały, iż 65 % mieszkańców Haaksbergen czuje się w centrum niepewnie i dlatego je omija. Poczucie braku bezpieczeństwa dodatkowo potwierdzają policyjne rejestry czynów karalnych. Projekt, ze

sklepami na parterze i znajdującymi się nad nimi mieszkaniami, oraz z nowymi budynkami mieszkalnymi, mającymi zastąpić strefę, która dotychczas była niewykorzystana, został opracowany przede wszystkim z myślą o przeciwdziałaniu poczuciu braku bezpieczeństwa na tym terenie. Władze niderlandzkie oświadczyły również, iż choć trzy ulice sklepowe wokół centrum rozwinęły się z powodzeniem, to samo centrum pozostaje nadal obszarem ekonomicznie niedorozwiniętym, który stanowi pewnego rodzaju barierę pośród tych trzech obszarów sklepowych, które osiągnęły sukces gospodarczy. Celem projektu jest uatrakcyjnić centrum, a co za tym idzie zapobieganie dalszemu ubożeniu i wzrostowi liczby pustostanów pośród istniejących sklepów. Biorąc powyższe pod uwagę, można wysnuć wniosek, iż projekt będzie miał korzystne następstwa dla interesu ogólnego, co zresztą gmina przytoczyła już w uzasadnieniu pomocy.

(43) Jeśli chodzi o proporcjonalność pomocy, Komisja stwierdza, że celem jej jest pokrycie strat, które przedsiębiorstwa poniosłyby w związku z realizacją projektu, który bez tej pomocy nie mógłby zostać zrealizowany. Pomoc jest proporcjonalna, o ile pokrywa faktyczne straty sześciu przedsiębiorstw, sprzedających lub wynajmujących mieszkania i powierzchnie handlowe po cenach, które pokrywają się z istniejącymi cenami porównywalnych obiektów na tym terenie. Projekt obejmuje jednak także potencjalną dodatkową pomoc jako następstwo przepisu o częściowym zwrocie. Ten określony w porozumieniu o współpracy zawartym pomiędzy gminą i przedsiębiorstwami budowlanymi przepis przewiduje bowiem, że faktyczne straty związane z realizacją projektu zostaną wyliczone przez niezależnego biegłego rewidenta przy odbiorze robót budowlanych na podstawie faktycznie poniesionych kosztów i uzyskanych dochodów. W przypadku gdy faktycznie poniesione straty są mniejsze niż straty szacowane, na podstawie których przyznana zostaje dotacja (środek 1) w czasie trwania projektu, gminie należy zwrócić jedynie 50 % części dotacji, która przekroczyła faktycznie poniesione straty. Przedsiębiorstwa budowlane mogą zatem zatrzymać 50 % części dotacji, która nie pokrywa rzeczywistych strat. W przypadku, gdy na przykład rzeczywiście poniesione straty wynoszą około zera, zamiast spodziewanych 2,98 miliona EUR, przedsiębiorstwa zwracają 1,49 miliona EUR i taką samą sumę mogą zatrzymać. Kwota środków państwowych, która przekracza faktycznie poniesione straty, nie jest konieczna do realizacji projektu. Można zatem wyciągnąć wniosek, że jedynie przepis, na podstawie którego wymagany jest całkowity zwrot części dotacji, przekraczającej faktyczne straty, mógłby ograniczyć pomoc do niezbędnego minimum, dzięki czemu stałaby się ona proporcjonalna. Równocześnie Komisja wskazuje na to, że taki „przepis o całkowitym zwrocie” musi się także odnosić do pomocy, która zawarta jest w gwarancji częściowej (środek 3), a nie jedynie do dotacji (środek 1), jak to obecnie ma miejsce w przypadku przepisu o częściowym zwrocie.

(44) Jeśli chodzi o zakres zakłócenia konkurencji i wpływ na wymianę handlową, Komisja zauważa, że pomoc prowadzi do dodania do istniejących obecnie zasobów 58 mieszkań i 11 sklepów, które będą oferowane po cenach, pokrywających się z cenami istniejącymi w przypadku porównywalnych obiektów na odnośnym obszarze. Komisja wskazuje na to, że zakłócenie konkurencji i jego następstwa dla

warunków handlowych, które powstaną w związku z takim mało obszernym projektem o charakterze lokalnym, są nieznaczne i nie mają większej wagi niż korzystne następstwa, o których była mowa wcześniej.

- (45) Jak już wcześniej stwierdzono w odniesieniu do dodatkowych zakłóceń konkurencji, Komisja stoi na stanowisku, że pomoc, o ile pokrywa poniesione straty, nie dostarcza sześciu przedsiębiorstwom środków, które mogłyby one wykorzystać w ramach przyszłych projektów w celu zakłócenia konkurencji i wywierania niekorzystnego wpływu na wymianę handlową. Wniosek ten nie dotyczy również pomocy, przyznanej ponad faktycznymi stratami. Jak już zauważono, przepis o częściowym zwrocie umożliwia dodatkową pomoc.
- (46) Komisja dochodzi do wniosku, że część pomocy, pokrywająca faktyczne straty związane z projektem, zgodnie z późniejszym wyliczeniem przez niezależnego biegłego rewidenta, ułatwia rozwój określonych form działalności gospodarczej lub określonych sektorów gospodarki regionalnej, nie zmieniając warunków, na jakich odbywa się wymiana handlowa, w sposób przynoszący szkodę interesowi ogólnemu. Komisja wnioskuję również, iż część pomocy, przekraczająca rzeczywiste straty poniesione w związku z projektem, zgodnie z późniejszym wyliczeniem przez niezależnego biegłego rewidenta, nie jest konieczna do realizacji projektu oraz jednocześnie wpływa niekorzystnie na warunki handlowe.

7. WNIOSEK

- (47) W świetle powyższego Komisja uważa, że część pomocy, pokrywająca rzeczywiste straty poniesione w związku z projektem, zgodnie z wyliczeniem dokonany przez niezależnego biegłego rewidenta po odbiorze robót budowlanych, do maksymalnej kwoty 2,98 miliona EUR (środek 1), podwyższona o stosowną premię gwarancyjną (środek 3), jest zgodna ze wspólnym rynkiem w rozumieniu art. 87 ust.3 lit. c). Część pomocy, przekraczająca rzeczywiste straty poniesione w związku z projektem, zgodnie z wyliczeniem niezależnego biegłego rewidenta, dokonany po odbiorze robót budowlanych, nie jest zgodna ze wspólnym rynkiem w rozumieniu art. 87 ust. 3 lit. c), ani na podstawie innych przepisów o wyłączeniach. Ta część jest zatem niezgodna ze wspólnym rynkiem

PRZYMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

Nieodpłatne przekazanie działek gruntu (środek 2), którego Królestwo Niderlandów zamierza dokonać na rzecz przedsiębiorstw budowlanych, uczestniczących w projekcie „Marktpassageplan” w Haaksbergen, nie stanowi pomocy państwa, ponieważ towarzyszy mu większe nieodpłatne przekazanie na rzecz gminy (środek 2bis).

Sprzedż działki gruntu i budynku tym przedsiębiorstwom (środek 4) również nie stanowi pomocy państwa.

Artykuł 2

Dotacja w wysokości 2 984 000 EUR (środek 1) i pokrycie 35 % ewentualnych kosztów w związku z roszczeniami odszkodowawczymi w rozumieniu artykułu 49 Ustawy o Zagospodarowaniu

Przestrzennym (środek 3), którą Królestwo Niderlandów zamierza przyznać przedsiębiorstwom biorącym udział w projekcie „Marktpassageplan” w Haaksbergen, stanowi pomoc państwa.

Artykuł 3

Część pomocy, o której mowa w artykule 2, pokrywająca rzeczywiste straty w związku z realizacją projektu, zgodnie z wyliczeniem dokonany przez niezależnego biegłego rewidenta po odbiorze robót budowlanych, jest zgodna ze wspólnym rynkiem.

Część pomocy, o której mowa w artykule 2, przekraczająca rzeczywiste straty związane z projektem, zgodnie z wyliczeniem dokonany przez niezależnego biegłego rewidenta po odbiorze robót budowlanych, jest niezgodna ze wspólnym rynkiem.

Artykuł 4

Królestwo Niderlandów powiadomi Komisję w terminie dwóch miesięcy od daty ogłoszenia niniejszej decyzji, jakie środki podjęła w celu jej wykonania.

Artykuł 5

Niniejsza decyzja jest skierowana do Królestwa Niderlandów.

Sporządzono w Brukseli, 2006. gada 4. aprilis

W imieniu Komisji

Neelie KROES

Członek Komisji

DECYZJA KOMISJI

z dnia 26 kwietnia 2006 r.

**dotycząca pomocy państwa jaką Francja zamierza wdrożyć na rzecz spółki Euromoteurs [C 1/2005
(ex N 426/2004)]**

(notyfikowana jako dokument nr C(2006) 1540)

(Jedynie tekst w języku francuskim jest autentyczny)

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(2006/747/WE)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

2. OPIS ŚRODKÓW

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską,
w szczególności jego art. 88 ust. 2 akapit pierwszy,

uwzględniając Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospo-
darczym, w szczególności jego art. 62 ust. 1 lit. a),

po zaproszeniu zainteresowanych stron do przedstawienia uwag,
zgodnie z wymienionymi artykułami ⁽¹⁾ i po uwzględnieniu tych
uwag,

a także mając na uwadze, co następuje:

1. PROCEDURA

- (1) Pismem zarejestrowanym w dniu 5 października 2004 r., Francja powiadomiła Komisję o swoim zamiarze finansowego udziału w restrukturyzacji przedsiębiorstwa Euro-moteurs w kwocie 2 mln EUR. Sprawę zarejestrowano pod numerem N426/2004. Pismem z dnia 18 października 2004 r. Komisja zwróciła się do Francji o dodatkowe informacje dotyczące zgłoszenia. Francja odpowiedziała pismem z dnia 1 grudnia 2004 r.
- (2) Pismem z dnia 19 stycznia 2005 r. Komisja poinformowała Francję o swojej decyzji o wszczęciu procedury przewidzianej w art. 88 ust. 2 Traktatu w odniesieniu do przedmiotowego środka. Decyzja Komisji o wszczęciu procedury została opublikowana w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ⁽²⁾. Komisja zaprosiła zainteresowane strony do przedstawienia uwag dotyczących środka pomocy.
- (3) Komisja otrzymała uwagi władz francuskich w dniu 19 maja 2005 r. W dniu 12 października 2005 r. doszło do spotkania między władzami francuskimi i przedstawicielami Komisji. Władze francuskie przekazały Komisji informacje pismem z dnia 10 listopada 2005 r. oraz pocztą elektroniczną z dnia 31 stycznia 2006 r.

2.1. Beneficjent pomocy

- (4) Spółka Euromoteurs S.A.S. („Euromoteurs”) powstała na bazie dawnej jednostki zależnej firmy Moulinex zajmującej się produkcją silników elektrycznych z głównym przeznaczeniem na potrzeby rynku artykułów gospodarstwa domowego.
- (5) Dokładniej, w grudniu 1999 r. Moulinex tworzy Compagnie Générale des Moteurs Electriques („CGME”) w celu przekazania działalności w zakresie produkcji silników jednostce zależnej. We wrześniu 2001 r. firma Moulinex, a tym samym CGME, została objęta zarządem przymusowym. Kiedy grupa SEB („SEB”) nabywa w części spółkę Moulinex w październiku 2001 r., nie przejmuje CGME, ale zawiera z nią umowę na dostawę na okres czterech lat umożliwiającą grupie przejęcie działalności tej firmy.
- (6) W styczniu 2002 r. dwunastu przedstawicieli kadry kierowniczej CGME tworzy spółkę pod nazwą S.A.R.-L. Compagnie Financière des Moteurs Electriques („COFIME”) prowadzącą działalność biura projektowego i posiadającą pakiet większościowy w utworzonej we wrześniu tego samego roku spółce Euromoteurs.
- (7) We wrześniu 2002 r. COFIME i Euromoteurs przejmują aktywa CGME. Orzeczenie sądu handlowego zezwala na dokonanie przejęcia, zakazując jednocześnie, do września 2004 roku, dokonywania zwolnień z przyczyn ekonomicznych, jak również cesji aktywów spółki.
- (8) Wspomniany zakaz jest sprzeczny z początkowym projektem przejmujących, którzy zamierzali dokonać centralizacji środków produkcji spółki CGME, lokalizując je w jednym zakładzie zamiast w dwóch, oraz dokonując zwolnienia ponad połowy pracowników. Ponadto przedsiębiorstwo musi stawić czoła znaczącemu spadkowi sprzedaży spowodowanemu, zdaniem Francji, bardzo złą koniunkturą międzynarodową, zmniejszeniem zamówień ze strony SEB oraz spadkiem kursu dolara wobec euro.

⁽¹⁾ Dz.U. C 137 z 4.6.2005, str. 16.

⁽²⁾ Patrz przypis 1.

(9) Zmiany w zakresie danych księgowych Euromoteurs:

(W mln EUR)	2002 (4-miesięczny rok obrotowy)	2003	2004
Obroty	13	25	18
Wynik netto	-0	-1	-5
Kapitał własny	4	3	-3

(10) W 2004 roku, sprzedaż na rzecz SEB stanowiła 93 % obrotów Euromoteurs.

2.2. Rynek

(11) Zgodnie z informacjami przekazanymi w grudniu 2004 r., produkcja Euromoteurs w zakresie silników uniwersalnych przeznaczonych do elektrycznych urządzeń gospodarstwa domowego odpowiada 25 % europejskiego zapotrzebowania. W ramach strategii dywersyfikacji, przedsiębiorstwo zakłada wyprodukowanie w 2006 roku prawie 10 % europejskiego zapotrzebowania na silniki do regulacji siedzeń.

(12) Zdaniem władz francuskich, główni konkurenci Euromoteurs znajdują się w Europie i w Azji, zarówno w przypadku produkcji silników uniwersalnych (Ametek, Domel, LG, Johnson Electric, Sun Motors), jak i silników z magnesami trwałymi (Valeo, Bosch, Meritor, Johnson Electric).

2.3. Plan restrukturyzacji

(13) Przedstawiony przez władze francuskie plan restrukturyzacji obejmuje okres dwóch lat od dnia wypłaty zgłoszonych środków pomocy. Składa się z trzech części: przemysłowej, finansowej i socjalnej, na realizację których przeznaczono całkowitą kwotę 5,95 mln EUR:

- koszt restrukturyzacji przemysłowej jest oceniany na kwotę 1,10 mln EUR i przewiduje:
 - 1) zamknięcie jednego z dwóch zakładów produkcyjnych,
 - 2) poszukiwanie mniej kosztownych źródeł zaopatrzenia,
 - 3) poszukiwanie nowych partnerów handlowych,
 - 4) zróżnicowanie w sektorze samochodowym (silniki do regulacji siedzeń),
- restrukturyzacja finansowa ma na celu spłatę długów przedsiębiorstwa w wysokości 2,50 mln EUR,
- restrukturyzacja socjalna ma na celu pomoc dla 246 zwolnionych pracowników w ich przekwalifikowaniu się w kwocie 2,35 mln EUR.

(14) Sposób finansowania projektu:

- sprzedaż jednego z dwóch zakładów produkcyjnych: 1,45 mln EUR,
- zwiększenie zamówień SEB: 1,5 mln EUR,
- uwolnienie kapitału zakładowego: 1 mln EUR,
- pomoc na restrukturyzację.

2.4. Opis pomocy

(15) Zgodnie ze zgłoszeniem z dnia 5 października 2004 r., pomoc na restrukturyzację stanowiła kwotę 2 mln EUR.

(16) W piśmie wystosowanym przez władze francuskie w dniu 1 grudnia 2004 r. zgłoszona pomoc przybierała formę dotacji państwowej w kwocie 1 mln EUR oraz umorzenia zadłużenia wobec władz lokalnych (1 mln EUR przez radę regionu (Conseil régional) i 0,25 mln EUR przez rady generalne Departamentów la Manche i Calvados (Conseils généraux de la Manche et du Calvados) w wysokości 2,25 mln EUR ogółem.

(17) Na koniec, w piśmie z dnia 10 listopada 2005 r. władze francuskie oznajmiły, że „potrzeby w zakresie publicznej pomocy finansowej (...) wynoszą minimum 2,65 mln EUR.”

(18) W konsekwencji, kwota zgłoszonej pomocy nie jest dokładnie określona i stanowi 2 mln EUR, 2,25 mln EUR lub też 2,65 mln EUR.

3. UZASADNIENIE WSZCZĘCIA PROCEDURY OKREŚLONEJ W ART. 88 UST. 2 TRAKTATU

(19) Decyzja o wszczęciu procedury określonej w art. 88 ust. 2 Traktatu zawiera wstępną ocenę środka pomocy, zwłaszcza w świetle Wytocznych wspólnotowych w sprawie pomocy państwa na ratowanie i restrukturyzację przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji⁽³⁾ z 1999 r. („wytoczne”).

(20) W decyzji tej Komisja przedstawiła wątpliwości dotyczące powodzenia planu restrukturyzacji i przywrócenia rentowności Euromoteurs, braku nieuzasadnionych zakłóceń konkurencji oraz ograniczenia pomocy do minimum.

(21) Jednocześnie Komisja podkreśliła, że Euromoteurs mogła korzystać z pewnych ulg podatkowych (art. 44f Ogólnego Kodeksu Podatkowego („art. 44f”). Pomoc ta została uznana za bezprawną i niezgodną na mocy decyzji Komisji nr 2004/343/WE z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie systemu pomocy wprowadzonego przez Francję w zakresie przejmowania przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji⁽⁴⁾, i Komisja wyraziła wątpliwości co do zgodności zgłoszonej pomocy na mocy wyroku „Deggen-dorf”.

⁽³⁾ Dz.U. C 288 z 9.10.1999, str. 2.

⁽⁴⁾ Dz.U. L 108 z 16.4.2004, str. 38.

4. UWAGI STRON TRZECICH I KOMENTARZ FRANCJI

- (22) Po wszczęciu procedury Komisja nie otrzymała żadnych uwag od zainteresowanych stron trzecich. Komentarz ze strony Francji można streścić w następujący sposób.

Bezprawność i niezgodność pomocy otrzymanej przez Euromoteurs na mocy art. 44f

- (23) W piśmie z dnia 19 maja 2005 r. władze francuskie potwierdziły, że Euromoteurs korzystała, na mocy art. 44f, z pewnych ulg podatkowych.
- (24) We wcześniejszym piśmie do Komisji z dnia 15 marca 2005 r., władze francuskie oceniły, że otrzymana w ten sposób korzyść finansowa stanowiła maksymalnie ⁽⁵⁾ 1,7 mln EUR w przypadku Euromoteurs i 1,5 mln EUR w przypadku COFIME.
- (25) W chwili korzystania przez Euromoteurs ze środków pomocy określonych w art. 44f, przedsiębiorstwo nie należało do kategorii małych i średnich przedsiębiorstw zdefiniowanej w zaleceniu Komisji nr 2003/361/WE z dnia 6 maja 2003 r. dotyczącym definicji mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw ⁽⁶⁾, oraz nie było zlokalizowane w strefie kwalifikującej się do pomocy regionalnej. W konsekwencji, nawet, jeśli kwota niezgodnej pomocy, która powinna być odzyskana, nie będzie dokładnie znany w chwili wydawania niniejszej decyzji, Komisja ocenia, że Euromoteurs będzie musiała zwrócić kwotę około 1,7 mln EUR. Kwota ta będzie musiała być powiększona o odsetki zgodnie z art. 14 ust.2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE ⁽⁷⁾.
- (26) W komentarzu z dnia 19 maja 2005 r. władze francuskie oświadczyły, że kwota pomocy niezbędna do restrukturyzacji Euromoteurs nie uwzględniała perspektywy zwrotu bezprawnej i niezgodnej pomocy otrzymanej przez spółkę i że „tego typu ewentualny zwrot, mógłby w konsekwencji znacząco pogorszyć sytuację finansową Euromoteurs”.

Przywrócenie rentowności wskutek restrukturyzacji

- (27) Władze francuskie poinformowały Komisję, że w połowie 2005 roku Euromoteurs podpisała z Johnson Electric Industrial Manufacturing Ltd („Johnson”) trzyletnią degresywną umowę na dostawy (zastępującą istniejące umowy między SEB a Euromoteurs) opiewającą na kwotę 12 mln EUR w 2005 r. i 9 mln EUR w 2006 r. Umowa ta umożliwia również Euromoteurs zaopatrywanie się w firmie Johnson na korzystnych warunkach w surowce i podzespoły.
- (28) Francja zwraca uwagę, że zdaniem międzybranżowej grupy producentów artykułów gospodarstwa domowego

[*Groupement interprofessionnel des fabricants d'appareils d'équipement ménager*] umowy na dostawy w sektorze artykułów gospodarstwa domowego są podpisywane bardzo rzadko i ich czas trwania rzadko przekracza jeden rok. Wysuwa z tego wniosek, że trzyletnia umowa oznacza wolę ustanowienia przez zleceniodawcę długotrwałych relacji ze swym dostawcą.

- (29) Władze francuskie przekazały również prognozowany rachunek zysków i strat i sprawozdanie z przepływu środków pieniężnych Euromoteurs na rok 2006. Poza 9 mln EUR sprzedaży na rzecz firmy Johnson, Euromoteurs przewiduje osiągnięcie 6 mln EUR obrotu poprzez dywersyfikację klientów. W listopadzie 2005 roku 25 % realizacji tego celu gwarantowały zamówienia, a jednocześnie prowadzone były negocjacje dotyczące umów sprzedaży na łączną kwotę 0,6 mln EUR.

Zapobieganie nieuzasadnionym zakłóceniom konkurencji

- (30) Władze francuskie podkreśliły, że w ramach restrukturyzacji przemysłowej Euromoteurs zwolniła 60 % pracowników i zamknęła jeden z dwóch zakładów produkcyjnych, stając się w rozumieniu przepisów wspólnotowych średniej wielkości przedsiębiorstwem. Zwróciły też uwagę na fakt, że przedsiębiorstwo jest zmuszone rywalizować z dużymi grupami, jak Ametek we Włoszech, Domel w Słowenii czy Goldstar w Korei, które dysponują bardziej rozwiniętymi sieciami handlowymi.
- (31) Wreszcie, w związku z tym że, Euromoteurs stała się średniej wielkości przedsiębiorstwem, władze francuskie zasugerowały, aby analiza Komisji była prowadzona w ramach nowych wytycznych w zakresie pomocy na restrukturyzację ⁽⁸⁾.

5. OCENA

5.1. Istnienie pomocy państwa

- (32) Środek zgłoszony przez Francję stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu. Przyznany przez państwo, będzie finansowany z zasobów państwowych na rzecz określonego przedsiębiorstwa – Euromoteurs. Poza tym, Euromoteurs posiada na wspólnym rynku konkurentów, takich jak Ametek we Włoszech i Domel w Słowenii, a jej produkty stanowią przedmiot międzynarodowej wymiany handlowej (Euromoteurs ma klientów w Niemczech i w Egipcie). W konsekwencji, zgłoszony środek wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi i zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji.

- (33) Tak więc Francja przestrzegala zobowiązań spoczywających na niej na mocy art. 88 ust. 3 Traktatu.

⁽⁵⁾ Pomoc wyliczona bez uwzględnienia odliczeń dozwolonych na mocy właściwych wspólnotowych ram regulacyjnych.

⁽⁶⁾ Dz.U. L 124 z 20.5.2003, str. 36.

⁽⁷⁾ Dz.U. L 83 z 27.3.1999, str. 1. Rozporządzenie zmienione Aktem Przystąpienia z 2003 r.

⁽⁸⁾ Dz.U. C 244 z 1.10.2004, str. 2.

5.2. Zgodność pomocy ze wspólnym rynkiem

Uwagi wstępne

- (34) Jak określa wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 3 października 1991 r., Włochy przeciwko Komisji ⁽⁹⁾, „Komisja, badając zgodność pomocy państwa ze wspólnym rynkiem, musi wziąć pod uwagę wszelkie istotne okoliczności, w tym – stosownie do przypadku – oceniony już kontekst w uprzedniej decyzji, jak również obowiązki ewentualnie nałożone tą decyzją na państwo członkowskie”.
- (35) W wyroku „Deggendorf” z dnia 15 maja 1997 r. ⁽¹⁰⁾ Trybunał określa nawet, że w przypadku, gdy wcześniejsza, bezprawna i niezgodna pomoc nie została jeszcze odzyskana wbrew temu, co nakazuje decyzja Komisji, badanie nowej pomocy tego samego beneficjenta musi uwzględniać, po pierwsze, skumulowany skutek wcześniejszej bezprawnej i niezgodnej pomocy oraz nowej pomocy, po drugie, fakt, że wcześniejsza pomoc nie została zwrócona.
- (36) Badając zgodność zgłoszonego przez Francję środka, Komisja weźmie więc pod uwagę wszystkie właściwe elementy, w tym fakt, że, według informacji przekazanych przez władze francuskie, Euromoteurs korzystała z wcześniejszej pomocy w ramach programu, który został uznany przez Komisję za bezprawny i częściowo niezgodny, oraz że pomoc ta, która nie wchodzi w zakres środków uznanych za niestanowiące pomocy ani za pomoc uznaną przez Komisję za zgodną, nie została jeszcze odzyskana wbrew temu, co nakazywała decyzja 2004/343/WE.

Odstępstwa od zasady zakazu przyznawania pomocy państwa

- (37) W ramach niniejszego badania, pomoc powinna być oceniana jako pomoc państwa ad hoc. Artykuł 87 ust. 2 i 3 Traktatu przewiduje odstępstwa od ogólnej niezgodności, o której mowa w ust. 1.
- (38) Odstępstwa określone w art. 87 ust. 2 Traktatu nie mają zastosowania w tym przypadku, ponieważ środki pomocy nie mają charakteru pomocy socjalnej przyznawanej indywidualnym konsumentom, nie mają na celu naprawienie szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi lub innymi zdarzeniami nadzwyczajnymi, i nie są pomocą przyznaną gospodarce niektórych regionów Republiki Federalnej Niemiec dotkniętych podziałem Niemiec. Podobnie, nie mają zastosowania odstępstwa określone w art. 87 ust.3 lit. b) i d).

- (39) Inne odstępstwa określa art. 87 ust.3 lit. a) i c) Traktatu WE. Ponieważ główny cel pomocy nie ma charakteru regionalnego, ale dotyczy restrukturyzacji zagrożonego przedsiębiorstwa, mają tu zastosowanie wyłącznie odstępstwa, o których mowa w lit. c). Przepis ten przewiduje przyzwolenie na pomoc przeznaczoną na ułatwienie rozwoju niektórych działań gospodarczych, o ile nie zmienia warunków wymiany handlowej w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem. Komisja opublikowała szczegółowe wytyczne w zakresie oceny pomocy państwa na rzecz wspomagania i restrukturyzacji przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji. Wbrew temu, co proponują władze francuskie, omawiana, zgłoszona przed 10 października 2004 r., pomoc powinna być oceniana w świetle kryteriów ustanowionych w wytycznych z 1999 r. ⁽¹¹⁾. Jasnym jest, że środek nie dotyczy żadnego innego celu horyzontalnego. Ponadto Francja nie powołuje się na żaden inny środek, opierając się na wspomnianych wytycznych w celu uzasadnienia zgodności zgłoszonego środka.

Ocena pomocy jako pomocy na restrukturyzację

Kwalifikowalność: przedsiębiorstwo znajdujące się w trudnej sytuacji

- (40) Aby kwalifikować się do pomocy na restrukturyzację przedsiębiorstwo powinno być uznawane za znajdujące się w trudnej sytuacji. Pojęcie to dokładnie definiuje punkt 2.1 wytycznych. Przy kapitale zakładowym w wysokości 4 mln EUR, Euromoteurs odnotowała w 2004 r. stratę w wysokości 5,4 mln EUR, która pomniejszyła jej kapitał własny do -2,6 mln EUR. Przedsiębiorstwo może więc zostać uznane za znajdujące się w trudnej sytuacji w rozumieniu lit. 5a) wytycznych.
- (41) Punkt 7 wytycznych stanowi, że *nowo utworzone przedsiębiorstwo* nie kwalifikuje się do pomocy na restrukturyzację nawet wtedy, gdy jego pierwotna sytuacja finansowa jest niepewna. Zgodnie z praktyką Komisji w zastosowaniu wytycznych, ponieważ przedsiębiorstwo zostało utworzone dwa lata i miesiąc przed zgłoszeniem, nie może zostać uznane za *nowo utworzone*.

Zapobieganie zakłóceniom konkurencji (punkty 35 – 39 wytycznych)

- (42) W ramach restrukturyzacji przemysłowej, Euromoteurs zwolniła 60 % pracowników i zamknęła jeden z dwóch zakładów produkcyjnych, stając się przedsiębiorstwem średniej wielkości. W związku z tym, Komisja uważa, że pomoc na restrukturyzację uzyskana niezależnie od bezprawnej i niezgodnej pomocy nie powoduje powstania nieprawidłowych zakłóceń konkurencji.

⁽⁹⁾ Wyrok Trybunału z dnia 3 października 1991 r. w sprawie C-261/89 (Republika Włoch przeciwko Komisji), Zb. Orz. 1991, str. I-4437.

⁽¹⁰⁾ Wyrok Trybunału z dnia 15 maja 1997 r. w sprawie C-355/95 P (Textilwerke Deggendorf GmbH przeciwko Komisji i Republice Federalnej Niemiec), Zb. Orz. 1997 str. I-2549.

⁽¹¹⁾ Zgodnie z punktem 103 nowych wytycznych.

(43) Jednakże, jak podkreśla to wyrok Trybunału ⁽¹²⁾, w momencie gdy Komisja bada zgodność pomocy państwa ze wspólnym rynkiem, powinna wziąć pod uwagę wszystkie właściwe elementy, w tym również, w danym przypadku, kontekst oceniony już w decyzji wcześniejszej, a także zobowiązania, jakie poprzednio wydana decyzja mogła nałożyć na państwo członkowskie.

(44) W omawianym przypadku, Komisja stwierdza, że do chwili zwrotu przez Euromoteurs bezprawnie przyznanej pomocy, skumulowanym skutkiem tej pomocy i nowej zgłoszonej pomocy są nadmierne i nienależne korzyści dla Euromoteurs, które zmieniają warunki wymiany handlowej w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem. W praktyce, tak długo jak bezprawna i niezgodna pomoc pozostaje niezwrócona, nie można zarządzić spowodowanym przez nią nieprawidłowym zakłóceniom konkurencji. Zakłócenia te byłyby jeszcze poważniejsze, gdyby Euromoteurs, obok przyznanej bezprawnej i niezgodnej pomocy, korzystała z pomocy na restrukturyzację.

(45) Podsumowując, aby zapobiec powstaniu nieuzasadnionych zakłóceń konkurencji, niezbędne jest zwrócenie przez Euromoteurs bezprawnie przyznanej pomocy, zanim będzie mogła skorzystać ze zgłoszonej pomocy na restrukturyzację.

Odzyskanie rentowności (punkty 32 – 34 wytycznych)

(46) Zgodnie z pkt 3.2.2 wytycznych, przyznanie pomocy jest uzależnione od uruchomienia planu restrukturyzacji, umożliwiającego przywrócenie w możliwie najkrótszym czasie długoterminowej rentowności przedsiębiorstwa, w oparciu o realistyczne założenia co do przyszłych warunków działania.

(47) Odzyskanie przez Euromoteurs rentowności wymaga od przedsiębiorstwa postawienia sobie dwóch wyzwań: racjonalizacji środków produkcji i dywersyfikacji klientów tak, aby móc funkcjonować niezależnie od zamówień SEB (coraz mniejsze zamówienia od 2002 r., składane, niestety, za pośrednictwem firmy Johnson).

(48) Odnośnie do pierwszego punktu, Komisja zauważa, że zamknięcie zakładu w Carpiquet i zwolnienie 246 osób umożliwiło Euromoteurs znaczne ograniczenie kosztów działalności operacyjnej (Francja oceniła oszczędności wynikające z koncentracji produkcji w jednym zakładzie na kwotę 1,491 mln EUR) i dostosować środki produkcji do wielkości sprzedaży.

(49) Odnośnie do drugiego punktu, umowa z firmą Johnson podpisana na lata 2005 – 2007 daje przedsiębiorstwu czas na określenie strategii działania, gwarantując mu wysoki poziom sprzedaży do 2007 roku. Na podstawie informacji, jakimi dysponuje Komisja uważa ona, że w sektorze silników elektrycznych, przyjęta przez Euromoteurs strategia dywersyfikacji wydaje się przynosić pewne wyniki. Natomiast, jeżeli chodzi o rynek silników do regulacji siedzeń, czyli drugi filar projektu dywersyfikacji

Euromoteurs, firma nie prowadzi żadnych zaawansowanych negocjacji.

(50) Jedyne prognozy liczbowe przekazane Komisji przez władze francuskie dotyczą 2006 roku. Zgodnie z nimi, Euromoteurs uzyska obrót w wysokości 15 mln EUR zysk z działalności operacyjnej w wysokości 0,2 mln EUR oraz zysk netto w wysokości 1,7 mln EUR. Komisja uważa, że prognozy ograniczone do jednego roku działalności wskazujące na marżę równą 1,3 %, nie pozwalają jej stwierdzić, czy dzięki zastosowaniu planu restrukturyzacji uda się trwale przywrócić rentowność przedsiębiorstwa. W 2006 r. Euromoteurs korzysta jeszcze z podpisanej z firmą Johnson umowy. Jednakże umowa ta wygasa w 2007 roku. W konsekwencji, wyniki ograniczone do roku obrotowego 2006 nie są wystarczające, aby Komisja mogła stwierdzić trwałe przywrócenie rentowności przedsiębiorstwa.

(51) Ponadto, zgodnie z tym, co Francja oświadczyła w komentarzu z dnia 19 maja 2005 r., zgłoszona pomoc i towarzyszący jej plan restrukturyzacji nie uwzględniają możliwości zwrotu bezprawnej i niezgodnej pomocy otrzymanej przez Euromoteurs na mocy art. 44f. Komisja, w decyzji nr 2004/343/WE, nakazywała zwrot tej pomocy, a kwota do odzyskania od Euromoteurs oceniana jest na 1,7 mln EUR. Powyższy zwrot zwiększy problemy finansowe przedsiębiorstwa, w związku z tym Komisja uważa, że, w takiej sytuacji, plan nie może zostać uznany za wykonalny. Ocenę tę potwierdza fakt, że w listopadzie 2005 r. władze francuskie poinformowały Komisję o tym, iż trudności nierozłącznie związane z restrukturyzacją Euromoteurs (w szczególności zapotrzebowanie na środki finansowe) były niedoszacowane w chwili zgłoszenia i potrzeby przedsiębiorstwa w zakresie publicznej pomocy finansowej powinny być określone jako większe (+ 132,5 %).

(52) Na podstawie powyższego, Komisja stwierdza, iż władze francuskie nie wykazały, że zgłoszony plan restrukturyzacji oparty jest na wykonalnych założeniach i pozwoli na przywrócenie rentowności przedsiębiorstwa.

Ograniczenie pomocy do minimum (punkty 40 – 41 wytycznych)

(53) Władze francuskie oceniają koszt planu restrukturyzacji przedstawionego Komisji na kwotę 5,95 mln EUR. Plan uzasadnia finansowanie ze środków publicznych w wysokości 2 mln EUR. W piśmie z dnia 10 listopada 2005 r. władze francuskie poinformowały Komisję, iż trudności nierozłącznie związane z restrukturyzacją Euromoteurs (w szczególności zapotrzebowanie na środki finansowe) były niedoszacowane w chwili zgłoszenia i potrzeby przedsiębiorstwa w zakresie finansowania ze środków publicznych powinny być ocenione na minimum 2,65 mln EUR. Komisja nie otrzymała żadnego szczegółowego wyliczenia nowych potrzeb przedsiębiorstwa (ani w zakresie dodatkowych kosztów restrukturyzacji, ani nowych potrzeb w zakresie przepływów środków pieniężnych).

⁽¹²⁾ Patrz pkt 34 niniejszej decyzji.

(54) W konsekwencji, w każdym razie, Komisja uważa, iż władze francuskie nie wykazały, że do przywrócenia rentowności przedsiębiorstwa niezbędna jest pomoc wyższa niż kwota 2 mln EUR i nie może, tym samym, twierdzić, że zgłoszona pomoc jest ograniczona do minimum.

Zasada pomocy jednorazowej

(55) Zdaniem władz francuskich, firmie Euromoteurs nie wypłacono wcześniej żadnej pomocy na restrukturyzację,

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

Pomoc państwa, jaką Francja zamierza wdrożyć na rzecz spółki Euromoteurs w kwocie 2 mln EUR, 2,25 mln EUR lub 2,65 mln EUR, jest niezgodna ze wspólnym rynkiem.

Z tego względu, pomoc ta nie może zostać wdrożona.

Artykuł 2

Adresatem niniejszej decyzji jest Republika Francuska.

Sporządzono w Brukseli, dnia 26 kwietnia 2006.

W imieniu Komisji

Neelie KROES

Członek Komisji

DECYZJA KOMISJI

z dnia 4 lipca 2006 r.

w sprawie pomocy państwa nr C 30/2004 (ex NN 34/2004) przyznanej przez Portugalię zwalniającej z podatku dochodowego od osób prawnych zyski kapitałowe z pewnych operacji/transakcji realizowanych przez przedsiębiorstwa publiczne

(notyfikowana jako dokument nr C(2006) 2950)

(Jedynie tekst w języku portugalskim jest autentyczny)

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(2006/748/WE)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, w szczególności jego art. 88, ust. 2, pierwszy akapit,

uwzględniając Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym, w szczególności jego art. 62, ust. 1 lit. a),

po wezwaniu zainteresowanych stron do przedstawienia swoich uwag zgodnie z postanowieniami wspomnianego artykułu ⁽¹⁾,

a także mając na uwadze, co następuje:

I. PROCEDURA

- (1) Po rozpatrzeniu informacji dotyczących wyżej wymienionych zwolnień podatkowych od zysków kapitałowych udzielonych przez władze portugalskie niektórym przedsiębiorstwom publicznym na podstawie art. 25 portugalskiego Statutu Korzyści Podatkowych (dalej zwanego EBF) ⁽²⁾, Komisja zwróciła się do tych władz o udzielenie szczegółowych informacji pismem z dnia 14 marca 2001 r.
- (2) Władze portugalskie udzieliły odpowiedzi w piśmie z dnia 25 kwietnia 2001 r. Dnia 28 października 2003 r. wysłano nowy wniosek o udzielenie informacji, na który odpowiedziano dnia 30 stycznia 2004 r. Władze portugalskie przedstawiły informacje uzupełniające w piśmie z dnia 8 września 2004 r.
- (3) W piśmie z dnia 6 października 2004 r. ⁽³⁾ Komisja poinformowała Portugalię o swojej decyzji o wszczęciu postępowania przewidzianego w art. 88 ust. 2 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską w odniesieniu do wyżej wymienionego środka pomocy. W decyzji tej, opublikowanej w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ⁽⁴⁾, Komisja wezwała zainteresowane strony do przedstawienia swoich uwag na temat przedmiotowego środka.
- (4) W piśmie otrzymanym przez Komisję Europejską dnia 21 grudnia 2005 r. władze portugalskie przedstawiły swoje uwagi.
- (5) Żadna z zainteresowanych stron nie przedstawiła uwag.

II. SZCZEGÓŁOWY OPIS SYSTEMU POMOCY

- (6) Zwolnienia podatkowe zostały przewidziane w artykule 25 EBF, zatytułowanym „Zyski kapitałowe w procesie

prywatyzacji”, który odpowiada art. 32-C w wersji oryginalnej z 2000 r., zanim EBF został zmieniony dekretem z mocą ustawy 198/2001 z dnia 3 lipca.

- (7) Artykuł 25 EBF przewiduje, dla celów ustalenia dochodu podlegającego opodatkowaniu z tytułu podatku dochodowego w przypadku przedsiębiorstw z kapitałem wyłącznie publicznym, jak również spółek, wobec których te pierwsze posiadają pozycję dominującą, wyłączenie z podstawy opodatkowania zysków kapitałowych pochodzących z operacji prywatyzacyjnych lub z procesów restrukturyzacyjnych przeprowadzonych zgodnie z wytycznymi strategicznymi w ramach wykonywania przez Państwo funkcji udziałowca i uznanych za takowe decyzją Ministra Finansów.
- (8) Artykuł 25 portugalskiego EBF wszedł w życie dnia 1 stycznia 2000 r. zgodnie z art. 103 ustawy 3-B/2000 z dnia 4 kwietnia.

III. PODSTAWY WSZCZĘCIA POSTĘPOWANIA

- (9) Decyzja o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego wskazywała na to, że art. 25 EBF mógł stworzyć podstawy do systemu pomocy państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. System ten mógł stanowić pomoc przeznaczoną na prowadzenie bieżącej działalności, natomiast na podstawie dostępnych informacji był niezgodny ze wspólnym rynkiem, zważywszy na to, że jego celem nie było wspieranie jakichkolwiek inwestycji ani zgodnych wydatków kwalifikowanych. Należy dodać, że żadne ze zwolnień przewidzianych w art. 87 ust. 2 i 3 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską raczej nie miało tu zastosowania. Wręcz przeciwnie, przedmiotowy środek stanowił nieuzasadnione wsparcie, które stawiało w uprzywilejowanej pozycji przedsiębiorstwa publiczne ze szkodą dla ich konkurentów w sektorze prywatnym.

IV. UWAGI ZGŁOSZONE PRZEZ PORTUGALIĘ

- (10) W piśmie otrzymanym przez Komisję dnia 21 grudnia 2005 r. Portugalia potwierdziła to, co zostało przedstawione wcześniej podczas wstępnej oceny dokonanej przez Komisję.

⁽¹⁾ Dz.U. C 256 z 15.10.2005, str. 26.

⁽²⁾ Dekret z mocą ustawy 215/89 z 1 lipca.

⁽³⁾ C (2004) 2637 z 6.10.2004.

⁽⁴⁾ Zob. przypis 1.

- (11) Władze portugalskie opisują ewolucję opodatkowania zysków kapitałowych z tytułu podatku dochodowego w Portugalii w następujący sposób:
- Od 1993 r. ponownie inwestowane zyski kapitałowe cieszą się uprzywilejowanym traktowaniem w ramach systemu podatkowego pod warunkiem, że pochodzą z majątku trwałego lub z akcji posiadanych przez spółki zarządzające udziałami (SGPS) ⁽⁵⁾. W takich wypadkach ponowne inwestowanie zysków prowadzi do ich wyłączenia z dochodu podlegającego opodatkowaniu.
 - Opisowana sytuacja zmieniała się począwszy od 2001 r. ⁽⁶⁾ Dodatni wynik różnicy między zyskami a stratami kapitałowymi był opodatkowany w następujący sposób: jeśli zyski były ponownie inwestowane w tym samym roku, w którym zostały osiągnięte, jedna piąta tych zysków podlegała opodatkowaniu w tym samym roku, natomiast kolejna jedna piąta w każdym z czterech kolejnych lat.
 - Począwszy od 2002 r. połowa osiągniętych zysków kapitałowych zaczęła podlegać opodatkowaniu, nawet jeśli były one ponownie inwestowane ⁽⁷⁾.
 - W 2003 r. sytuacja zmieniała się ponownie: spółki zarządzające udziałami (jak również spółki kapitału podwyższonego ryzyka – SCR) korzystały z całkowitego zwolnienia z podatku od zysków kapitałowych realizowanych z posiadanych przez nie akcji, pod warunkiem, że były w ich posiadaniu przez okres nie krótszy niż jeden rok ⁽⁸⁾.
- (12) Władze portugalskie twierdzą, że przepisy prawne dotyczące zwolnień podatkowych ograniczały się do zastosowania wobec przedsiębiorstw z sektora publicznego takich samych zasad opodatkowania zysków kapitałowych oraz neutralności podatkowej, jakie mają zastosowanie do przedsiębiorstw prywatnych przechodzących restrukturyzację od momentu wprowadzenia reformy skarbowej w 1988 r. oraz utworzenia *podatku dochodowego od osób prawnych* (IRC).
- (13) W tym kontekście władze portugalskie argumentowały, że na mocy ustawodawstwa portugalskiego dotyczącego zwolnień podatkowych ponownie inwestowane zyski kapitałowe są traktowane w uprzywilejowany sposób pod warunkiem, że pochodzą z majątku trwałego lub z akcji posiadanych przez SGPS. W takich wypadkach ponowne inwestowanie zysków prowadzi do ich wyłączenia z dochodu podlegającego opodatkowaniu, co stanowi strukturalny element portugalskiego systemu podatkowego.
- (14) Artykuł 25 EBF wyklucza również z podstawy opodatkowania z tytułu podatku od osób prawnych zyski kapitałowe realizowane przez przedsiębiorstwa w całości należące do państwa i przedsiębiorstwa przez nie kontrolowane. Ogranicza się do rozciągnięcia na te jednostki przepisów podatkowych mających zastosowanie do zysków kapitałowych ponownie inwestowanych przez SGPS oraz do restrukturyzacji prowadzonych przez inne przedsiębiorstwa prywatne. Tym samym, przedsiębiorstwa podlegające tym przepisom nie czerpią korzyści finansowych wówczas, gdy są zaangażowane w procesy prywatyzacyjne, reorganizacyjne i restrukturyzacyjne.
- (15) Według władz portugalskich art. 25 EBF dążył do uniknięcia uzależnienia prywatyzacji i procesów restrukturyzacyjnych w sektorze przedsiębiorstw publicznych od interwencji publicznych SGPS, ułatwiając w ten sposób państwu pełnienie funkcji udziałowca.
- (16) Władze portugalskie podkreślają, że art. 25 EBF nie zawiera przepisów, które tworzyłyby system wyjątkowego opodatkowania zysków kapitałowych w porównaniu z ogólnie obowiązującym systemem. Ich stosowanie nie oznacza przyznania jakichkolwiek dodatkowych korzyści przedsiębiorstwom będącym beneficjentami, które są zaangażowane w procesy reorganizacyjne lub restrukturyzacyjne.
- (17) Władze portugalskie informują jednocześnie o swoim zamiarze uchylecia art. 25 EBF. W konsekwencji, począwszy od momentu jego uchylecia, każdy proces restrukturyzacji lub prywatyzacji, w jaki byłoby zaangażowane przedsiębiorstwo publiczne, byłby traktowany zgodnie z powszechnym portugalskim systemem korzyści podatkowych mającym zastosowanie do przedsiębiorstw prywatnych.
- (18) Jeśli chodzi o zwrot pomocy, władze portugalskie użyły następujących argumentów; a) tylko cztery transakcje zostały objęte omawianym systemem pomocy, zaś w każdym przypadku przedsiębiorstwo prywatne otrzymałoby identyczne korzyści podatkowe, tworząc SGPS i ponownie inwestując fundusze w aktywa finansowe; b) trzy spośród czterech wymienionych transakcji zostały uznane przez Zarząd Powszechnej Kasy Depozytowej (CGD) jako należące do sfery prywatnej (utworzenie SGPS), zważywszy na to, że w tamtym okresie art. 25 EBF nie był jeszcze zatwierdzony. Wobec powyższego i z uwagi na to, że przedsiębiorstwa nie uzyskały od państwa jakiegokolwiek korzyści finansowej, władze portugalskie podtrzymują opinię, że nie może być mowy o jakimkolwiek zwrocie pomocy.
- (19) Cztery transakcje, które zostały objęte tym systemem, opisane są w następujący sposób:
- Pierwsza dotyczy sprzedaży przez *Mundial Confiança* (MC), firmę ubezpieczeniową będącą spółką zależną portugalskiej instytucji finansowej CGD, swoich udziałów w wysokości 5,46 % w *Crédito Predial Português* (CPP) bankowi *Banco Santander Central Hispano* (BSCH) dnia 5 kwietnia 2000 r. Zyski kapitałowe uzyskane przez MC wyniosły 9,3 milionów EUR.
 - Druga transakcja dotyczy sprzedaży przez bank *Banco Pinto & Sotto Mayor* (BPSM), kontrolowany przez CGD w momencie transakcji, swoich udziałów wynoszących 94,38 % w banku *Banco Totta & Açores*

⁽⁵⁾ Artykuł 7 ust. 2 dekretu z mocą ustawy 495/88 z 30 grudnia i art. 31 ust. 2 EBF zastosowały postanowienia art. 44 (nowy art. 45) Kodeksu podatku dochodowego od osób prawnych (CIRC).

⁽⁶⁾ Ustawa 30-G/2000 z 29 grudnia.

⁽⁷⁾ Ustawa 109-B/2001 z 27 grudnia.

⁽⁸⁾ Na podstawie art. 31 ust. 2 EBF, w brzmieniu nadanym mu ustawą 32-B/2002 z 30 grudnia, która zatwierdziła budżet państwa na rok 2003, „zyski i straty kapitałowe realizowane przez SGPS i SCR poprzez przeniesienie pod tytułem obciążliwym, bez względu na rodzaj tytułu, części kapitału, których są właścicielami, pod warunkiem, że posiadały je przez okres nie krótszy niż jeden rok, jak również zobowiązania finansowe związane z ich nabyciem, nie przyczyniają się do stworzenia dochodu tych spółek podlegającego opodatkowaniu”.

(BTA), jak również swoich udziałów w CPP wynoszących 7,09 % bankowi BSCH dnia 7 kwietnia 2000 r. Zyski kapitałowe osiągnięte przez BPSM zostały oszacowane na kwotę 310 milionów EUR.

— Trzecia transakcja dotyczy zamiany akcji pomiędzy MC i BCP. MC sprzedała swój udział w BPSM wynoszący 53,05 % bankowi BCP, otrzymując w zamian około 10 % kapitału BCP dnia 19 czerwca 2000 r. Zyski kapitałowe osiągnięte przez MC wyniosły 1 566,4 milionów EUR.

— Czwarta i ostatnia z wymienionych transakcji dotyczy zysków kapitałowych ze sprzedaży udziałów CGD w brazylijskim banku ITAÚ, S.A., która miała miejsce w latach 2000-2003. Suma zysków kapitałowych osiągniętych przez CGD wyniosła 357,4 milionów EUR.

(20) Decyzja o przeprowadzeniu trzech pierwszych transakcji została podjęta w konsekwencji porozumień zawartych między „Grupo Champalimaud” i BSCH. W tym celu CGD i BSCH podpisały dnia 11 listopada 1999 r. umowę, na mocy której:

— BSCH kupował udziały António Champalimaud w „Grupo Champalimaud”, aby następnie sprzedać je CGD.

— Udziały w BTA i w CPP zostały sprzedane BSCH.

(21) Celem restrukturyzacji „Grupo Champalimaud” było oddzielenie działalności bankowej od ubezpieczeniowej, aby zwiększyć skuteczność działania portugalskich organów nadzorczych (Banco de Portugal i portugalskiego zakładu Ubezpieczeń – Instituto de Seguros de Portugal).

(22) W czwartym przypadku zbycie nastąpiło na skutek nowego porozumienia zawartego pomiędzy CGD i Unibanco – União de Bancos Brasileiros, S.A. (*Unia Banków Brazylijskich, S.A.*).

(23) Celem przedmiotowego środka jest zapewnienie neutralności podatkowej operacji prywatyzacyjnych i procesów restrukturyzacyjnych, w które są zaangażowane przedsiębiorstwa z kapitałem wyłącznie publicznym i przedsiębiorstwa przez nie kontrolowane.

(24) Władze portugalskie, występując w charakterze akcjonariusza CGD, przesłały w dniach 18. października i 31. marca 2000 r. pisma Ministra Finansów, w których wyraził on zgodę na wyżej wymienione operacje, zgodnie z wytycznymi strategicznymi.

V. OCENA UDZIELONEJ POMOCY

V.1. Uznanie za pomoc państwa

(25) Komisja potwierdza stanowisko przyjęte w decyzji o wszczęciu formalnego postępowania dotyczącego uznania przedmiotowego środka za pomoc państwa. Artykuł 25 EBF, który zwalnia z podatku dochodowego od osób prawnych zyski kapitałowe przedsiębiorstw państwowych pochodzące z operacji prywatyzacyjnych i procesów restrukturyzacyjnych, ustanawia system pomocy państwa.

(26) Trybunał Sprawiedliwości podtrzymuje swoją opinię, że środek, za pośrednictwem którego władze publiczne przyznają określonym przedsiębiorstwom zwolnienia podatkowe, nawet jeśli nie oznacza to przepływu środków finansowych z zasobów państwowych, stawia beneficjentów w uprzywilejowanej sytuacji finansowej w stosunku do innych podatników, co stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 traktatu ⁽⁹⁾.

Zasoby państwowe

(27) Środek przewidziany w artykule 25 EBF wykorzystuje zasoby państwowe, ponieważ polega na nieściągnięciu podatków od spółek, od których podatki w normalnych okolicznościach byłyby ściągane przez państwo. Decyzja o rezygnacji z tego dochodu spełnia kryteria odnoszące się do zasobów państwowych.

Korzyść selektywna

(28) W porównaniu z systemem podatkowym mającym w normalnych okolicznościach zastosowanie do zysków kapitałowych w Portugalii, postanowienia art. 25 EBF przyznają beneficjentom korzyść.

(29) Normalnym systemem podatkowym, który należy wziąć pod uwagę, jest system mający zastosowanie do przedsiębiorstw bez względu na ich właściciela (publiczne lub nie) oraz na ich charakter (SGPS lub nie).

(30) Normalny system podatkowy nie jest systemem mającym zastosowanie wyłącznie do SGPS, ponieważ transakcje objęte art. 25 EBF (procesy restrukturyzacyjne) mogą dotyczyć zarówno SGPS, jak i innych spółek.

(31) Jeśli chodzi o system podatkowy mający zastosowanie do zysków kapitałowych uzyskiwanych przez SGPS w Portugalii, uprzywilejowany system podatkowy zaczął być stosowany w 1993 r. Jednakże w momencie przeprowadzenia wymienionych wyżej transakcji uprzywilejowane traktowanie było możliwe tylko wówczas, gdy uzyskane dochody były ponownie inwestowane. Oznacza to, że nawet w porównaniu z systemem mającym zastosowanie do SGPS, który nie był normalnym systemem podatkowym w Portugalii, stwierdza się, że korzyść selektywna została przyznana przedsiębiorstwom z wyłącznie publicznym kapitałem i przedsiębiorstwom przez nie kontrolowanym.

(32) Zwolnienie z podatku dotyczącego zysków kapitałowych stawia korzystające z niego przedsiębiorstwa publiczne w sytuacji uprzywilejowanej w stosunku do innych przedsiębiorstw działających w tych samych branżach, w miarę jak wymienione przedsiębiorstwa publiczne korzystałyby ze zwiększonego przepływu środków pieniężnych podczas prowadzenia swojej działalności. Niezależnie od celów przedmiotowego środka, charakter pomocy państwa jest oceniany w kontekście jej skutków, a nie jej celów.

(33) Korzyść przyznawana jest tylko określonym przedsiębiorstwom, tym z kapitałem wyłącznie publicznym, oraz przedsiębiorstwom przez nie kontrolowanym, zaangażowanym w procesy prywatyzacyjne lub reorganizacyjne,

⁽⁹⁾ Sprawa C-6/97, Republika Włoska/Komisja Zb. Orz. 1999, str. I-2981, pkt 16.

które są zgodne z celami politycznymi państwa. Wyklucza wszelkie inne przedsiębiorstwa, w tym przedsiębiorstwa prywatne, które konkurują z przedsiębiorstwami z kapitałem publicznym będącymi beneficjentami. Komunikat Komisji dotyczący zastosowania zasad pomocy państwa do środków, które dotyczą bezpośredniego opodatkowania przedsiębiorstw⁽¹⁰⁾ przypomina, że, na przykład, jeśli niektóre przedsiębiorstwa publiczne zwolnione są z podatku dochodowego od osób prawnych, przyznanie preferencyjnego traktowania przedsiębiorstwom, które mają status prawny przedsiębiorstwa publicznego i prowadzą działalność gospodarczą, może kwalifikować się jako pomoc państwa w rozumieniu art. 92 traktatu.

- (34) Przepisy podatkowe art. 25 EBF są selektywne *de iure*, zważywszy na to, że odnoszą się jedynie do niektórych przedsiębiorstw (to znaczy przedsiębiorstw publicznych lub przedsiębiorstw przez nie kontrolowanych). Oprócz tego, *de facto*, przedmiotowy środek miał zastosowanie wyłącznie do przedsiębiorstw publicznych z sektora bankowego lub ubezpieczeniowego lub do przedsiębiorstw przez nie kontrolowanych, jak wynika z danych dostarczonych przez władze portugalskie.
- (35) Władze portugalskie negują selektywny charakter przedmiotowego środka, twierdząc, że jest on przeznaczony dla jednostek z sektora publicznego, jeśli chodzi o kategorię przedsiębiorstw, w związku z czym jest to środek o charakterze powszechnym. Jednak argument ten nie może być przyjęty przez Komisję z następujących powodów:
- (36) Po pierwsze, nie istnieje pojęcie przedsiębiorstw z sektora publicznego mające znaczenie dla celów podatkowych, zważywszy na to, że przedsiębiorstwa, które potencjalnie mogłyby czerpać korzyści określoną w art. 25 EBF, mogą z założenia interweniować na wielu różnych rynkach.
- (37) Po drugie, przedmiotowy środek nie pozwala na określenie specyficznych cech przedsiębiorstw publicznych w zestawieniu z przedsiębiorstwami prywatnymi. Przedsiębiorstwa prywatne i zagraniczne przedsiębiorstwa publiczne posiadające oddziały w Portugalii mogą również wdrażać programy reorganizacyjne. Poza tym, ich akcjonariusze mogą podejmować decyzje o sprzedaży przedsiębiorstw, ale nie mogliby korzystać z omawianego systemu pomocy.
- (38) Po trzecie, zaledwie jeden podsektor przedsiębiorstw publicznych jest objęty oddziaływaniem przedmiotowego środka, a mianowicie przedsiębiorstwa, które przechodzą procesy prywatyzacyjne lub reorganizacyjne, pod warunkiem uznania ich za takowe przez Ministra Finansów. Przedmiotowy środek pociąga za sobą selektywność, nawet w odniesieniu do przedsiębiorstw sektora publicznego, również dlatego, że właściwy organ władzy ma możliwość podejmowania decyzji o charakterze uznaniowym.

- (39) W świetle powyższego Komisja stwierdza, że art. 25 EBF przyznaje korzyść selektywną. Selektywność przedmiotowego środka nie jest uzasadniona ani charakterem, ani ekonomią portugalskiego systemu podatkowego.

Wpływ na wymianę handlową i zakłócanie konkurencji

- (40) Zezwalając na to, by przedsiębiorstwa publiczne przechodzące procesy prywatyzacyjne lub restrukturyzacyjne korzystały z obniżek podatków od swoich zysków kapitałowych, art. 25 EBF przyznaje im korzyść w zakresie działalności i wzmacnia ich pozycję w stosunku do innych przedsiębiorstw. Dokonując przedmiotowej oceny, Komisja nie musi badać, czy pomoc wywiera rzeczywisty wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi lub czy konkurencja jest rzeczywiście zakłócana, lecz wystarczy, że zbada możliwość wywierania przez tę pomoc wpływu na wymianę handlową i zakłócania konkurencji⁽¹¹⁾. Jeśli pomoc udzielana przez państwo członkowskie wzmacnia pozycję danego przedsiębiorstwa w stosunku do innych konkurujących z nim przedsiębiorstw w handlu wewnątrzspółnotowym, należy uznać, że te ostatnie doznają uszczerbku na skutek przyznania tej pomocy⁽¹²⁾.
- (41) Ponadto, wszyscy zidentyfikowani beneficjenci opisanego systemu działają w sektorach bankowym i ubezpieczeniowym, czyli sektorach otwartych na konkurencję wiele lat temu. Postępująca liberalizacja przyczyniła się do wzrostu konkurencyjności, której efektem mógł być swobodny przepływ kapitału przewidziany w traktacie WE.
- (42) Reperkusje związane z wymianą handlową pomiędzy państwami członkowskimi oraz wpływ przyznawanej pomocy w zakresie zakłócania konkurencji dają się szczególnie odczuć w tych sektorach działalności gospodarczej⁽¹³⁾.
- (43) Wobec powyższego omawiany system pomocy może wywierać wpływ na wymianę handlową i zakłócać konkurencję.

Wniosek

- (44) Z powyższego wynika, że wyjątkowy system przewidziany w art. 25 EBF, który zwalnia z podatku dochodowego od osób prawnych zyski kapitałowe przedsiębiorstw publicznych pochodzące z operacji prywatyzacyjnych i restrukturyzacyjnych, stanowi system pomocy państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 traktatu WE.

V.2. Uznanie systemu za pomoc niedozwoloną

- (45) Portugalia zastosowała ten system pomocy bez uprzedniego zgłoszenia. W związku z tym stosując art. 25 EBF, Portugalia naruszyła przepisy art. 88 ust. 3 traktatu.

⁽¹¹⁾ Zob. np. orzeczenie Trybunału w sprawie C-372/97 *Włochy/Komija* (Zb. Orz. 2004 str. I - 3679, pkt 44).

⁽¹²⁾ Sprawa 730/79, *Philip Morris Holland/Komisja* (Zb. Orz. 1980, str. 2671, pkt 11).

⁽¹³⁾ W odniesieniu do wpływu na wymianę handlową i zakłócania konkurencji w sektorze bankowym, zob. przede wszystkim orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z 15.12.2005 w sprawie C-222/04 „*Fondazioni bancarie*”, pkt 139 i kolejne, oraz cytowane orzecznictwo.

⁽¹⁰⁾ Dz.U. C 384 z 10.12.1998, str. 3.

V.3. Zgodność systemu niedozwolonej pomocy ze wspólnym rynkiem

- (46) Pomoc ta nie jest zgodna z art. 87 ust. 2. Nie chodzi tu bowiem o pomoc o charakterze socjalnym udzielaną indywidualnym konsumentom, ani o naprawienie szkód spowodowanych przez klęskę żywiołową lub zdarzenia nadzwyczajne; nie jest to również pomoc przyznana gospodarce niektórych rejonów Republiki Federalnej Niemiec dotkniętych podziałem Niemiec.
- (47) Pomoc stosowana jest w taki sam sposób na całym terytorium kraju i nie może być z tego powodu uznana za zgodną ze wspólnym rynkiem w rozumieniu art. 87 ust. 3 lit. a) lub c), które dotyczą rozwoju określonych regionów.
- (48) Komisja stoi na stanowisku, że przedmiotowa pomoc nie może być postrzegana jako wspierająca rozwój określonej działalności gospodarczej, zgodnie z art. 87 ust. 3 lit. c), ponieważ przepis ten wymaga, by pomoc „nie zmieniała warunków wymiany handlowej w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem”, który to warunek w niniejszym przypadku, zdaniem Komisji, nie został spełniony. Pomoc ta nie spełnia także niektórych warunków określonych w wytycznych wspólnotowych w sprawie pomocy państwa na ratowanie i restrukturyzację, obowiązującym w momencie udzielenia tej pomocy⁽¹⁴⁾. Nie dotyczy ona także jakiegokolwiek innego celu horyzontalnego wyznaczonego w zakresie wspólnego interesu. Wreszcie, jej zastosowanie ograniczone do sektora finansowego nie zmienia wniosków płynących z oceny, konkretnie dlatego, że wpływ na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi oraz wpływ tej pomocy na bieżącą działalność w kontekście zakłócania konkurencji jest szczególnie odczuwalny w tym sektorze.
- (49) Pomoc nie jest również zgodna z art. 87 ust. 3 lit. d) (pomoc przeznaczona na wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturowego) ani e) (inne kategorie pomocy, jakie Rada może określić decyzją). Portugalia nigdy nie powołała się na żadne z tych odstępstw.
- (50) Ponadto pomoc nie jest również zgodna z art. 87 ust. 3 lit. b). Omawiana pomoc nie może być uznana za „projekt stanowiący przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania”, zważywszy na to, że będzie przynosić korzyści przedsiębiorstwom publicznym jednego państwa członkowskiego, a nie całej Wspólnocie, oraz że nie wspiera konkretnego, ściśle określonego projektu; nie ma również na celu „zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce państwa członkowskiego”, ponieważ nie wydaje się, by bez tej pomocy w gospodarce portugalskiej wystąpiły poważne zaburzenia.
- (51) Biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności, z wyjątkiem oświadczeń o charakterze ogólnym, Portugalia nie powołała się na żadne z odstępstw wspomnianych w traktacie.

⁽¹⁴⁾ Wytyczne wspólnotowe w sprawie pomocy państwa na ratowanie i restrukturyzację przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji (Dz.U. C 288 z 9.10.1999, str. 2).

VI. ZWROT POMOCY

- (52) Na mocy art. 14 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 659/1999, przy podejmowaniu negatywnych decyzji dotyczących niedozwolonej pomocy Komisja postanawia, że dane państwo członkowskie winno podjąć wszelkie możliwe działania w celu odzyskania środków przyznanych beneficjentowi w ramach udzielonej pomocy. Mimo tego Komisja nie powinna wymagać odzyskania środków przyznanych jako pomoc, jeśli byłoby to sprzeczne z ogólnymi przepisami prawa wspólnotowego.
- (53) Komisja stoi na stanowisku, że w omawianym przypadku ogólne przepisy prawa wspólnotowego nie stoją na przeszkodzie zwrotowi pomocy.
- (54) Władze portugalskie argumentują, że w każdym przypadku cztery transakcje, które zostały objęte systemem pomocy, byłyby zwolnione z podatku na podstawie systemu mającego zastosowanie do SGPS. Poza tym trzy spośród czterech transakcji zostały już zatwierdzone na podstawie poprzednio obowiązującego systemu, zważywszy na fakt, że w tamtym okresie art. 25 EBF nie był jeszcze zatwierdzony. Wobec powyższego władze portugalskie podtrzymują swoje stanowisko, że nie należy żądać zwrotu pomocy.
- (55) Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości⁽¹⁵⁾ oraz komunikatem Komisji na temat bezpośredniego opodatkowania przedsiębiorstw⁽¹⁶⁾, ocena przywrócenia poprzedniego stanu rzeczy winna nastąpić na etapie dokonywania zwrotu po to, by ustalić, czy istnieje alternatywne rozwiązanie podatkowe, które wobec braku możliwości zastosowania pomocy niedozwolonej i na mocy krajowych przepisów zgodnych z prawem wspólnotowym umożliwiłoby zainteresowanemu przedsiębiorstwu uzyskanie podobnej korzyści.
- (56) Kwota do odzyskania w celu przywrócenia poprzedniej sytuacji jest różnicą między: (i) sumą korzyści netto przyznanych przedsiębiorstwom publicznym lub przedsiębiorstwom przez nie kontrolowanym w konsekwencji zastosowania art. 25 EBF i (ii) „normalny” tryb podatkowy, który zostałyby zastosowany, gdyby przedmiotowe operacje były przeprowadzone bez użycia środka pomocy. W sprawie „Unicredito”⁽¹⁷⁾, Trybunał Sprawiedliwości wskazuje, że nie byłoby właściwe ustalanie kwot przeznaczonych do zwrotu w świetle różnych operacji, które mogłyby być przeprowadzone przez przedsiębiorstwa, gdyby nie wybrały one takiego rodzaju operacji, który został objęty pomocą. W tym kontekście Komisja nie musi brać pod uwagę rozwiązań, które teoretycznie mogłyby być zastosowane przez zainteresowane strony, takich jak na przykład możliwość przeprowadzenia tych operacji w inny sposób.
- (57) Dlatego też, w celu dokonania oceny sytuacji, która zaistniałaby, gdyby przedmiotowe operacje zostały wykonane bez obniżki podatku, należy przeprowadzić analizę każdej transakcji, która została objęta zakresem art. 25 EBF.

⁽¹⁵⁾ Sprawa C-148/04 „Unicredito Italiano SpA”.

⁽¹⁶⁾ Obwieszczenie Komisji w sprawie zastosowania reguł pomocy państwa do środków dotyczących podatków bezpośrednich od osób prawnych (Dz.U. C 384 z 10.12.1998, str. 3).

⁽¹⁷⁾ Zob. nota 19, pkt 113-119.

W omawianym przypadku analiza ta może być przeprowadzona na podstawie informacji przedstawionych przez władze portugalskie, bez uszczerbku dla możliwości dokonania ponownej oceny każdej transakcji w oparciu o nowe informacje, które mogą się pojawić.

Dwie pierwsze transakcje

- (58) Pierwsza transakcja wiąże się ze sprzedażą przez MC bankowi BSCH udziałów w CPP dnia 5 kwietnia 2000 r. Druga transakcja dotyczy sprzedaży przez BPSM, kontrolowany przez CDG, udziałów w BTA, jak również udziałów w CPP bankowi BSCH dnia 7 kwietnia 2000 r.
- (59) Zważywszy na to, że art. 25 EBF nie był jeszcze opublikowany w momencie, gdy planowano te transakcje, obie transakcje zostały zaplanowane i zatwierdzone przez zarząd CGD zgodnie z ustawodawstwem podatkowym mającym zastosowanie do SGPS. W związku z tym utworzenie SGPS, jak również kolejne sprzedaże lub zamiany akcji, byłyby zwolnione z podatku na podstawie normalnego portugalskiego systemu podatkowego. Władze portugalskie przekazały Komisji wszystkie dokumenty mające znaczenie dla sprawy.
- (60) W przedmiotowych transakcjach wybór operatorów nie był zupełnie przypadkowy, jednak decyzje zostały już wcześniej zaplanowane i zatwierdzone przez zarządy właściwych grup. Ponadto zostały spełnione warunki przeprowadzenia transakcji na podstawie ogólnego ustawodawstwa podatkowego mającego zastosowanie do SGPS. Władze portugalskie potwierdziły, że nie było konieczności uzyskania zgody organów skarbowych na przeprowadzenie takich transakcji.
- (61) Podsumowując, Komisja uważa, że w tych dwóch przypadkach nie ma konieczności przystępować do odzyskiwania pomocy. W przypadku tych transakcji tych nie miała miejsca żadna korzyść w wyniku zastosowania art. 25 EBF, ponieważ w braku tego artykułu i ze względu na cechy przeprowadzonej operacji MC i BPSM zostałyby zwolnione z podatku w ramach systemu zwolnień mających zastosowanie do SGPS, który jest trybem normalnym zgodnym z przepisami prawa krajowego.

Trzecia transakcja

- (62) Trzecia transakcja dotyczy zamiany akcji pomiędzy MC i BCP, jak to zostało wyjaśnione wcześniej.
- (63) Tym samym zyski kapitałowe zrealizowane przez MC z tytułu zamiany większości kapitału BPSM na akcje reprezentujące około 10 % kapitału zakładowego BCP podlegałyby „szczególnemu systemowi mającemu zastosowanie do połączeń, podziałów, wnoszenia aktywów

i wymiany udziałów” przewidzianemu w art. 67-72 Kodeksu podatku dochodowego od osób prawnych. Artykuły te stosują dyrektywę 90/434/EWG⁽¹⁸⁾, która nie pozostawia państwom członkowskim innej możliwości, niż zwolnienie operacji z podatku.

- (64) Pewne jest, że decyzją z dnia 14 listopada 2000 r. Minister Finansów postanowił zastosować do tej transakcji art. 25 EBF. Jednakże w tym przypadku zastosowanie art. 25 EBF nie przyniosło żadnej korzyści, ponieważ zwolnienie, udzielone na mocy dyrektywy wspólnotowej transponowanej przepisami art. 71 ust. 1 Kodeksu podatku dochodowego od osób prawnych, wchodzi w zakres normalnego systemu podatkowego, który w przypadku braku pomocy niedozwolonej i w oparciu o przepisy krajowe zgodne z prawem wspólnotowym miałby zastosowanie do faktycznie przeprowadzonej operacji. Wobec tego również w tym wypadku nie ma podstaw do żądania zwrotu pomocy.

Czwarta transakcja

- (65) Czwarta i ostatnia transakcja dotyczy zysków kapitałowych ze sprzedaży udziałów CGD w brazylijskim banku ITAU, S. A., która miała miejsce w latach 2000-2003. W przeciwieństwie do pozostałych trzech operacji, ta ostatnia nie ma związku z porozumieniami zawartymi między „Grupą Champalimaud” a BSCH.
- (66) Faktyczna sprzedaż nastąpiła w drodze różnych następujących po sobie transakcji w latach 2000-2003. Chociaż władze portugalskie argumentują, że ta transakcja mogła zostać przeprowadzona za pośrednictwem jednego z SGPS, w rzeczywistości ta forma jej realizacji w celu uzyskania rozwiązania podatkowego korzystniejszego niż ogólny system, nie była faktycznie planowana. Wobec powyższego, biorąc pod uwagę sprawę *Unicredito*, Komisja uznaje, że w omawianym przypadku zastosowanie zwolnienia podatkowego na rzecz SGPS oznaczałoby rekonstrukcję zdarzeń z przeszłości na podstawie elementów hipotetycznych. Władze portugalskie nie dostarczyły wystarczającej informacji szczegółowych odnoszących się do poszczególnych etapów operacji, które oznaczałyby możliwość uzyskania neutralności podatkową nawet wówczas, gdy art. 25 EBF nie zostałby zastosowany.

- (67) W świetle powyższego władze portugalskie nie wykazały na obecnym etapie, że kwota do naliczenia przy zastosowaniu do otrzymanych zysków kapitałowych (357,4 milionów EUR) rzeczywistej stawki podatkowej, powiększona o odsetki, nie powinna zostać odzyskana.

VII. WNIOSKI

- (68) Komisja stoi na stanowisku, że stosując art. 25 EBF, Portugalia naruszyła art. 88 ust. 3 traktatu WE. Ten system

⁽¹⁸⁾ Dyrektywa 90/434/EWG Rady z dnia 23 lipca 1990 r., w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów, dotyczących spółek różnych państw członkowskich (Dz. U. L 225 z 20.8.1990). Artykuł 8 ust. 1 stanowi, że „w czasie łączenia, podziału lub wymiany udziałów przydział papierów wartościowych reprezentujących kapitał spółki przejmującej akcjonariuszowi spółki przekazującej lub nabywanej w zamian za papiery wartościowe reprezentujące kapitał tej ostatniej spółki, nie stanowi podstawy, jako takiej, opodatkowania dochodu, zysków lub zysków kapitałowych tego akcjonariusza”.

pomocy jest niezgodny ze wspólnym rynkiem i winien zostać uchylony, zgodnie z zobowiązaniami przyjętymi przez władze portugalskie.

- (69) Niniejsza decyzja odnosi się do systemu jako takiego i powinna zostać bezzwłocznie wykonana, łącznie ze zwrotem pomocy przyznanej w ramach systemu. Jednakże decyzja pozostaje bez uszczerbku dla możliwości uznania w szczególnych przypadkach całości lub części przyznanej pomocy za zgodną ze wspólnym rynkiem.
- (70) Władze portugalskie wykazały, że w przypadku trzech pierwszych transakcji nie ma konieczności żądania zwrotu pomocy. Wobec powyższego, na podstawie informacji przedstawionych przez władze portugalskie, bez uszczerbku dla możliwości dokonania ponownej oceny każdej z tych transakcji na podstawie nowych informacji, które mogą się pojawić, jedynie pomoc odnosząca się do zysków kapitałowych pochodzących z transakcji sprzedaży udziałów CGD w brazylijskim banku ITAÚ, S.A. winna podlegać zwrotowi,

PRZYJĘŁA NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

System pomocy państwa ustanowiony przez Portugalię w oparciu o art. 25 EBF jest niezgodny ze wspólnym rynkiem.

Artykuł 2

Portugalia winna uchylić system pomocy wspomniany w art. 1.

Artykuł 3

1. Portugalia powinna podjąć niezbędne środki w celu odzyskania od beneficjentów pomocy wymienionej w art. 1, która została im przyznana w sposób niedozwolony.

2. Zwrot powinien nastąpić bezzwłocznie i zgodnie z procedurami określonymi w prawie krajowym, pod warunkiem że dopuszcza ono bezzwłocznie i skuteczne wykonanie niniejszej decyzji.

3. Pomoc, która podlega zwrotowi, obejmuje należne odsetki naliczane od dnia, w którym pomoc została przekazana do dyspozycji beneficjenta, do dnia zwrotu.

4. Odsetki nalicza się na podstawie stawki referencyjnej używanej do wyliczania ekwiwalentu dotacji w ramach pomocy regionalnej.

Artykuł 4

Portugalia informuje Komisję w terminie dwóch miesięcy, licząc od daty zgłoszenia niniejszej decyzji, o działaniach podjętych w celu jej wykonania, wykorzystując do tego celu kwestionariusz zamieszczony w Załączniku I do niniejszej decyzji.

Artykuł 5

Niniejsza decyzja skierowana jest do Republiki Portugalskiej.

Sporządzono w Brukseli, dnia 4 lipca 2006 r.

W imieniu Komisji

Neelie KROES

Członek Komisji