

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)/ZACHODNIONIEMIECKI 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” („Landeswohnungsbauvermögen”), 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 ważone 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 pierwszy 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 oświadczono, 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. Przetransferowane 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) Przetransferowany 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 przetransferowaniu 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 ważone 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⁾

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

⁽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).

- (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 pieniężne 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 obowiązywania przepisów 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 ułożył 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 wątplenia 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 skutkowałooby 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 Niemiec 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 oprzeć 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 zewnętrznemu 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 oczekiwaliby 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

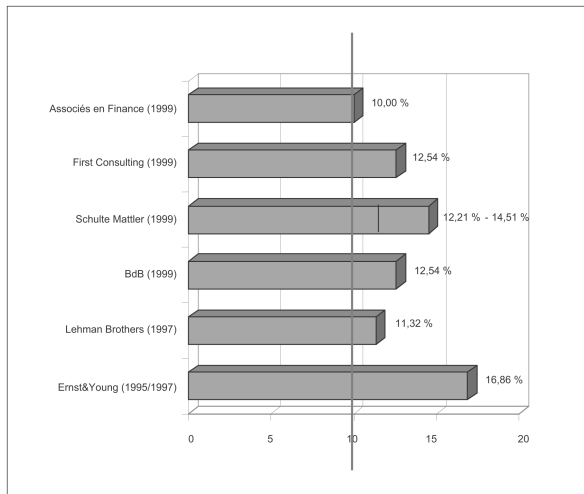
minimalne w wysokości od 10 do 11 % za inwestycję podobną do inwestycji w kapitał zakładowy WestLB w momencie wniesienia kapitału.

- *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 miały 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 ^(°)	Wysokość pomocy ^(°)	Waluta	Beneficjent

^(°) 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 ^(̂)	Zwrócona kwota	Waluta	Beneficjent

^(̂) Data zwrotu pomocy

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