

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

(2006/739/WE)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

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

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

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

a także mając na uwadze, co następuje:

**I. PROCEDURA**

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

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

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

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

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

## II. DOKŁADNY OPIS POMOCY

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

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

<sup>(6)</sup> Artykuł 1 Ustawy o utworzeniu Bawarskiego Banku Krajowego – Centrali Żyrowej.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 4. WPLYW TRANSFERU NA WIELKOŚĆ KAPITAŁU WŁASNEGO BANKU BAYERNLB

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

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

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

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

(\*) informacje poufne

<sup>(15)</sup> Obecnie Federalny Urząd Nadzoru Usług Finansowych ('BaFin')

<sup>(16)</sup> Pismo BAKred z dnia 20 grudnia 1996 r.

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

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

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

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

## 5. WYNAGRODZENIE ZA WNIESIONE ŚRODKI WŁASNE

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

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

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

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

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

## III. POWODY WSZCZĘCIA PROCEDURY

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### IV. UWAGI NIEMIEC

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

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

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

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

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

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

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

#### 1. ODPOWIEDNIE WYNAGRODZENIE ZA FUNDUSZ CELOWY

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

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

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

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

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

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

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

#### 2. BRAK ZMIANY STRUKTURY WŁASNOŚCIOWEJ I EFEKT WŁAŚCICIELA

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

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

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

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

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

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

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

#### 1. PORÓWNANIE Z INNYMI INSTRUMENTAMI KAPITAŁU WŁASNEGO

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

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

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

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

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

#### 2. MINIMALNE WYNAGRODZENIE ZA INWESTYCJĘ W KAPITAŁ ZAKŁADOWY BANKU BAYERNLB

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

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

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



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

### 3. DOPLATY I POTRĄCENIA ZWIĄZANE ZE SZCZEGÓLNYM CHARAKTEREM TRANSAKCJI

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

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

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

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

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

### 4. BAZA KAPITAŁOWA I SKŁADNIKI WYNAGRODZENIA

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

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

**VI. REAKCJA NIEMIEC NA UWAGI BdB**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## IX. OCENA ŚRODKÓW

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

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

#### 1.1. ZASOBY PAŃSTWOWE

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

#### 1.2. SPRZYJANIE OKREŚLONEMU PRZEDSIĘBIORSTWU

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### b) **Artykuł 295 Traktatu WE**

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

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

#### c) **Brak zmiany struktury własnościowej**

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

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

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

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

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

funduszu kredytowego do banku BayernLB zrezygnowałby z odpowiedniego wynagrodzenia bezpośredniego.

#### *Efekt właściciela*

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

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

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

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

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

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

i) **Baza kapitałowa**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>(40)</sup> Pismo Niemiec z 3 lipca 2001, str. 9.

<sup>(41)</sup> Pismo Niemiec z 3 lipca 2001, str. 10.



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

<sup>(42)</sup> Np. porozumienie o tzw. roszczeniu o dopłatę w przypadku, gdyby prowizja gwarancyjna nie została wypłacona w danym roku obrotowym, ponieważ w ten sposób powstałaby strata bilansowa (patrz § 3 umowy o przeniesieniu).

Banku Krajowego na rynku wewnętrznym i międzynarodowym poprzez podwyższenie kapitału własnego, aby zapewnić kontynuację efektywnej działalności. Także projekty wstępne oraz uwagi wewnętrzne Bawarskiego Sekretariatu Stanu określały jako cel transakcji umożliwienie rozszerzenia działalności. Ponadto Niemcy same podały, że w momencie transferu pierwszej i drugiej transzy w latach 1994 oraz 1995 istniał zamiar wykorzystania przeniesionej rezerwy celowej na rzecz zabezpieczenia ryzykownych aktywów<sup>(43)</sup>. Inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej, który na takich zasadach udostępniłby kapitał, należałoby zapewne na pełne wynagrodzenie, ponieważ po pierwsze ponosi on pełne ryzyko strat, a po drugie bank może korzystać z całości kapitału, w taki sam sposób jak z pozostałego kapitału według swojego uznania i kalkulacji ekonomicznych.

(144) Zdaniem Niemiec i banku BayernLB istniała zgodność co do faktu, iż BayernLB pokrywa zapotrzebowanie kapitałowe na rozszerzenie własnej działalności komercyjnej cichymi wkładami inwestorów instytucjonalnych. Jednak należy stwierdzić, że taki zamiar nie został zapisany ani w odpowiednich klauzulach umów o przeniesieniu kapitału ani w Ustawie o przeniesieniu. Prywatny inwestor nie miałby zatem pewności, że jego kapitał nie zostanie wykorzystany. To, że istniała zgodność co do faktu, że BayernLB wykorzysta rezerwę celową na pokrycie ryzykownych aktywów dopiero po wykorzystaniu pozostałego kapitału własnego, nie zaprzecza tej analizie ryzyka, jeśli założyć się, iż w każdym przypadku zamierzano zabezpieczyć ryzykowne aktywa przy pomocy kapitału. Zdaniem Komisji, biorąc pod uwagę również oba powyższe aspekty, nie można udowodnić, że ryzyko strat w momencie niewypłacalności/likwidacji byłoby mniejsze niż w przypadku kapitału zakładowego.

(145) Fakt, iż Bawarski Związek Kas Oszczędnościowych jako drugi udziałowiec zgodnie z § 2 umowy zawartej między Wolnym krajem związkowym Bawarią oraz Bawarskim Związkiem Kas Oszczędnościowych w dniu 15 grudnia 1994 r., był zobowiązany do ponoszenia połowy strat banku BayernLB, jeśli rezerwa celowa zostanie wykorzystana na ten cel, lub jeśli wierzyciele BayernLB zużyją ją na pokrycie strat, również nie niwelował ryzyka przynajmniej częściowej utraty rezerwy celowej w przypadku niewypłacalności lub likwidacji, ponieważ w takiej sytuacji rezerwę należy uzupełnić wyłącznie proporcjonalnie do udziałów. Ponadto wspomniane porozumienie między udziałowcami nie zmniejsza korzyści banku BayernLB z kapitału, a więc taka sytuacja nie może wpłynąć na zmniejszenie wynagrodzenia płaconego przez BayernLB. Nie mogłoby zatem dojść do sytuacji, w której BayernLB nie zapłaciłby nic, jeśli Bawarski Związek Kas Oszczędnościowych zobowiązałby się w stosunku do Wolnego kraju związkowego Bawarii do ponoszenia całości strat. W stosunku wewnętrznym powyższe ustalenia mogłyby doprowadzić do spłaty Bawarskiego Związku Kas Oszczędnościowych przez Wolny kraj związkowy Bawarię za przejście dodatkowego ryzyka, co jednakże nie zostało uzgodnione i dla niniejszego postępowania pozostaje bez znaczenia.

(146) Komisji nie przekonuje także argument, iż w omawianym przypadku udział rezerwy celowej w całości kapitału w momencie wniesienia wynosił jedynie 8 %, dzięki czemu ryzyko strat było znacznie niższe niż w przypadku banku WestLB, w którym majątek Wfa wynosił prawie 50 % kapitału własnego banku. W przypadku banku WestLB duża wartość wniesionego kapitału była przesłanką, ale nie czynnikiem decydującym o uznaniu podobieństwa do inwestycji w kapitał zakładowy. Także w decyzji dotyczącej banku WestLB Komisja, po rozpatrzeniu sprawy całościowo, doszła do wniosku, że podobieństwo ocenianej transakcji do inwestycji w kapitał zakładowy jest istotniejsze od pozostałych czynników.

(147) Na podstawie wymienionych aspektów, w szczególności analizy ryzyka, które ponosiłby inwestor w związku z ocenianą transakcją, Komisja doszła do wniosku, że wyznacznikiem określenia odpowiedniego wynagrodzenia za fundusz celowy jest wynagrodzenie za kapitał zakładowy udostępniony bankowi BayernLB. Również strony porozumienia, które przekazano Komisji w dniu 24 września 2004 r., w swojej propozycji wynagrodzenia za podstawę jego obliczenia przyjęły inwestycję w kapitał zakładowy.

#### f) Koszty związane z płynnością

(148) W zasadzie można przyjąć argumentację Niemiec i banku BayernLB dotyczącą kosztów związanych z płynnością. 'Zwykłe' wniesienie kapitału do banku powoduje zarówno poprawę płynności, jak i zwiększenie kapitału podstawowego, który jest konieczny do rozszerzenia działalności komercyjnej w świetle przepisów o nadzorze bankowym. Aby w pełni wykorzystać kapitał, tzn. rozszerzyć 100 % aktywów ważonych ryzykiem o współczynnik 12,5 (tzn. 100 podzielone przez współczynnik wypłacalności w wysokości 8 %), bank musi dokonać 11,5-krotnego refinansowania na rynkach finansowych. Mówiąc prościej, różnica między 12,5 razy otrzymanymi i 11,5 razy zapłaconymi odsetkami z tego kapitału po potrąceniu pozostałych kosztów banku (np. kosztów administracyjnych) daje zysk z kapitału własnego<sup>(44)</sup>. Początkowo majątek funduszu celowego nie przysparza płynności BayernLB, ponieważ przeniesiony majątek oraz wszystkie zyski z majątku funduszu zastrzeżono ustawowo na cele związane z wspieraniem budownictwa mieszkaniowego, w związku z tym BayernLB ponosił dodatkowe koszty finansowania w wysokości kwoty kapitałowej, jeśli pobierał konieczne środki z rynków finansowych, aby w pełni wykorzystać możliwości transakcyjne, których przysporzył jej dodatkowy kapitał własny, tzn. aby rozszerzyć aktywa ważne ryzykiem o 12,5-krotność kwoty kapitałowej (lub utrzymać istniejące aktywa w takiej wysokości)<sup>(45)</sup>. Z powodu powyższych kosztów dodatkowych, które nie powstałyby w przypadku kapitału własnego wniesionego w formie płynnej, należy w celu określenia właściwego wynagrodzenia dokonać odpowiedniego potrącenia. Inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej nie może oczekiwać, że otrzyma takie samo wynagrodzenie jak w przypadku wniesienia kapitału w gotówce.

<sup>(44)</sup> 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.

<sup>(45)</sup> Sytuacja nie ulegnie zmianie, jeśli uwzględni się możliwość pozyskania kapitału uzupełniającego do wysokości kapitału podstawowego (współczynnik 25 zamiast 12,5 dla kapitału podstawowego).

<sup>(43)</sup> Pismo Niemiec z dnia 3 lipca 2001 r., str. 11.

(149) Komisja jest jednakże zdania, że w rachunku nie należy uwzględniać całej stopy refinansowania. Koszty refinansowania stanowią koszty prowadzenia działalności i zmniejszają przychody podlegające opodatkowaniu. Wynik netto banku nie zmniejsza się o kwotę dodatkowo zapłaconych odsetek. Część powyższych kosztów zostanie wyrównana mniejszym podatkiem dochodowym od osób prawnych. Wyłącznie koszty netto należy uwzględnić jako dodatkowe obciążenie BayernLB z racji szczególnego charakteru wniesionego kapitału. Komisja uznaje ostatecznie, że BayernLB ponosi dodatkowe 'koszty płynności', na które składają się koszty refinansowania minus podatek od przedsiębiorstw<sup>(46)</sup>.

(150) Komisja nie zgadza się także z opinią Niemiec, iż inwestor prywatny nie wynegocjowałby potrącenia jedynie kosztów refinansowania netto tylko na tej podstawie, że kwota kapitału wniesiona do BayernLB wynosiła tylko 8 % środków własnych, a nie tak jak w przypadku WestLB prawie 50 %. Powyższy argument jest nieprzekonujący. Decydujące jest wyłącznie to, że BayernLB mógł zaliczyć koszty refinansowania w koszty działalności pomniejszające podstawę opodatkowania, i w ten sposób uzyskałby korzyść, którą należy uwzględnić niezależnie od wartości udostępnionego kapitału z punktu widzenia europejskiego prawa dotyczącego pomocy państwa.

g) **Odpowiednie wynagrodzenie za kwotę w wysokości 1,197 mld DEM**

(151) Istnieje kilka różnych sposobów ustalenia odpowiedniego wynagrodzenia za kwotę w wysokości 1,197 mld DEM. Jednakże, jak zostanie to przedstawione poniżej, wszystkie sposoby obliczenia wynagrodzenia za udostępniony kapitał zakładowy opierają się na tych samych zasadach. Opierając się na tych zasadach, Komisja przeprowadza obliczenia w dwóch etapach: najpierw oblicza wynagrodzenie minimalne, którego inwestor może oczekiwać za (hipotetyczną) inwestycję w kapitał zakładowy w BayernLB. Następnie Komisja sprawdza, czy z powodu szczególnych cech kwestionowanej transakcji na rynku ustalono by narzuty lub potrącenia, i czy w takim przypadku Komisja może dokonać odpowiedniej kwantyfikacji tej kwoty, uwzględniając wystarczające obciążenie.

i) **Obliczenie oczekiwanego minimalnego wynagrodzenia za inwestycję w kapitał zakładowy BayernLB**

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

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

(153) Inwestor działający zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej zainwestuje tylko wtedy, jeśli inwestycja ta będzie dawała wyższy zysk z kapitału lub niższe ryzyko w porównaniu z inną poważnie branżą pod uwagę alternatywą użycia kapitału. Inwestor nie zdecyduje się na inwestycję w przedsiębiorstwo, jeśli oczekiwany zysk z kapitału jest niższy niż średni oczekiwany zysk z kapitału zainwestowanego w inne przedsiębiorstwa o porównywalnym profilu ryzyka. W omawianym przypadku można przyjąć, że istnieją wystarczające alternatywy do zakładanego zamierzenia inwestycyjnego, które obiecują wyższe zyski przy takim samym poziomie ryzyka.

(154) Aby obliczyć odpowiednie najniższe wynagrodzenie, można użyć różnych metod, poczynawszy od różnych wariantów podejścia finansowego aż do metody CAPM. W celu przedstawienia różnych podejść należy dokonać rozróżnienia dwóch składników, mianowicie zysku z bezpiecznych inwestycji oraz premii za ryzyko istniejące w przypadku danego projektu:

odpowiedni minimalny zysk z inwestycji obciążonej  
ryzykiem  
=

podstawowa stopa procentowa bezpiecznych papierów  
wartościowych + premia za ryzyko inwestycji obciążonej  
ryzykiem.

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

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

<sup>(46)</sup> Potwierdzone przez orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z dnia 6 marca 2003 r. w sprawach połączonych T-228/99 i T-233/99, nr od 321 do 331.

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

zysk minimalny

=

podstawowa stopa bezpiecznych papierów wartościowych  
+ (rynkowa premia za ryzyko x beta)

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

- (156) CAPM jest główną metodą obliczania zysków z inwestycji w przypadku dużych przedsiębiorstw notowanych na giełdzie. BayernLB nie jest przedsiębiorstwem notowanym na giełdzie, dlatego nie można bezpośrednio wyprowadzić wartości beta. Zastosowanie metody CAPM jest możliwe wyłącznie na podstawie orientacyjnego współczynnika beta.
- (157) W uwagach z dnia 29 lipca 2003 r. BdB przedstawiło oczekiwane minimalne wynagrodzenie za inwestycję w kapitał zakładowy BayernLB w momencie wniesienia należności z tytułu kredytów budowlanych obliczone przy zastosowaniu metody CAPM na dzień 31 grudnia 1994 r. w wysokości 13,34 % rocznie oraz na dzień 31 grudnia 1995 r. w wysokości 12,87 % rocznie. Niemcy wyraziły zasadnicze wątpliwości co do zastosowania metody CAPM. Ich zdaniem BdB założyło zawyżony współczynnik beta i błędnie określiło podstawową stopę procentową bezpiecznych papierów wartościowych. Rynkowa premia za ryzyko w wysokości 4,6 % jest również zdecydowanie zbyt wysoka. Przy zastosowaniu poprawnych założeń BdB uzyskałby przy pomocy metody CAPM zdecydowanie niższy wynik minimalnego wynagrodzenia za hipotetyczną inwestycję w kapitał zakładowy BayernLB. Wolny kraj związkowy Bawaria, BayernLB oraz BdB w porozumieniu o odpowiednim wynagrodzeniu rynkowym doszły do wniosku, że odpowiednie minimalne wynagrodzenie wynosi 9,87 % za pierwszą transzę oraz 8,00 % za drugą transzę.
- (158) Strony porozumienia zastosowały w swoich obliczeniach metodę CAPM. Przyjęły podstawową stopę procentową

bezpiecznych papierów wartościowych w wysokości 7,50 % (31 grudnia 1994 r.) oraz 6,10 % (31 grudnia 1995 r.). Określając powyższą stopę procentową, założono, że fundusz celowy zostanie udostępniony BayernLB trwale. Strony nie zastosowały zatem zysku z bezpiecznych papierów wartościowych o określonym czasie trwania inwestycji (np. dziesięcioletni zysk z obligacji państwowych) obserwowanego na rynku w dniu wniesienia kapitału na dzień bilansowy, gdyż takie podjęcie pomijałoby ryzyko reinwestycji, tzn. ryzyko braku możliwości ponownego zainwestowania po upływie okresu inwestycji w wysokości stopy procentowej bezpiecznych papierów wartościowych. Zdaniem stron najlepiej uwzględni się ryzyko inwestycji, jeśli jako podstawę przyjmie się „total return index”. Z tego powodu strony oparły się na indeksie niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG) REX10 performance index, który odzwierciedla dokładnie rezultaty (performance) inwestycji w obligacje federalne o dokładnie dziesięcioletnim czasie trwania. Zastosowany w niniejszym przypadku indeks uwzględnia stan indeksu REX10 performance index na koniec każdego roku, począwszy od 1970 r. Strony oszacowały zatem zysk roczny, który odzwierciedla tendencję przyjętego indeksu REX10 performance index w okresie od 1970 do 1994 roku lub od 1970 do 1995 roku, i w ten sposób uzyskały wyżej wymienioną bezpieczną podstawową stopę procentową w wysokości 7,50 % (31 grudnia 1994 r.) i 6,10 % (31 grudnia 1995 r.).

- (159) Biorąc pod uwagę, że wkład miał zostać udostępniony BayernLB trwale, procedura obliczenia podstawowych stóp procentowych bezpiecznych papierów wartościowych wydaje się w tym przypadku właściwa. Ponadto przyjęty indeks REX10 performance index stanowi ogólnie uznane źródło danych. Obliczone podstawowe stopy procentowe bezpiecznych papierów wartościowych wydają się niniejszym uzasadnione.
- (160) Współczynniki beta oszacowano na poziomie 0,593 (31 grudnia 1994 r.) oraz 0,475 (31 grudnia 1995 r.) na podstawie ekspertyzy [...], którą dysponuje Komisja, dotyczącej tzw. skorygowanych (adjusted) współczynników beta wszystkich instytucji kredytowych notowanych na giełdzie w Niemczech. Na podstawie powyższej ekspertyzy oraz przy uwzględnieniu profilu działalności banku BayernLB należy uznać powyższe współczynniki beta za właściwe.
- (161) Komisja uważa także rynkową premię za ryzyko w wysokości 4,0 % za akceptowalną. Również w postępowaniu dotyczącym WestLB kilkakrotnie odnoszono się do tzw. ogólnej długoterminowej rynkowej premii za ryzyko, a więc do różnicy między długoterminowym średnim zyskiem ze zwykłego portfela akcji a zyskiem z obligacji państwowych. W odpowiednich ekspertyzach dotyczących postępowania zastosowano, w zależności od metodyki, założonego okresu oraz danych, przedział od ok. 3 % do 5 %. Do wyliczeń w ekspertyzie sporządzonej dla BdB alternatywnie przyjęto wartości 3,16 % oraz 5 %, a inna ekspertyza sporządzona dla banku WestLB w ramach tego samego postępowania alternatywnie przyjęła wartości 4,5 % oraz 5 %, natomiast Lehman Brothers, którzy pracowali również na zlecenie WestLB, założyli stopę 4 %. Biorąc powyższe pod uwagę, Komisja nie widzi potrzeby w niniejszym przypadku odstąpienia od rynkowej premii za ryzyko

zastosowanej w porozumieniu. Uwzględniając zastosowanie metody CAPM, zdaniem Komisji nie ma wątpliwości, że w niniejszym przypadku minimalne wynagrodzenie obliczone przez strony można uznać za odpowiednie.

(162) Komisja nie dostrzega przesłanek świadczących o tym, że obliczone przez strony wynagrodzenie za hipotetyczną inwestycję w kapitał zakładowy nie wytrzymałoby testu rynkowego. Komisja ustala zatem odpowiednie minimalne wynagrodzenie za pierwszą transzę funduszu celowego na poziomie 9,87 % rocznie oraz za drugą transzę na poziomie 8,00 % rocznie (każdorazowo po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym).

ii) **Zmniejszenie zysku z kapitału z powodu braku płynności**

(163) Niemcy podały, że rzeczywiste koszty refinansowania BayernLB wynosiły w drugiej połowie roku 1994, a więc w momencie wniesienia pierwszej transzy, średnio 7,71 %, a w drugiej połowie roku 1995, a więc w momencie wniesienia drugiej transzy, 6,78 %. W porozumieniu strony przyjęły za podstawę stopę długoterminowych, bezpiecznych papierów wartościowych w wysokości 7,50 % na dzień 31 grudnia 1994 r. (pierwsza transza) oraz 6,10 % na dzień 31 grudnia 1995 r. (druga transza) jako minimalne koszty refinansowania brutto. Ponadto strony uzgodniły przyjęcie zryczałtowanej stopy podatkowej w wysokości 50 %<sup>(47)</sup>. W ten sposób strony uzyskały stopę refinansowania netto w wysokości 3,75 % za pierwszą transzę oraz 3,05 % za drugą transzę, a w ten sposób odpowiednie zmniejszenie z powodu braku płynności.

(164) Na podstawie tego porozumienia oraz faktu, że wymienione kwoty mieszczą się w określonym uprzednio przez Niemcy przedziale, Komisja nie widzi potrzeby ich podważenia i uwzględnia powyższe kwoty jako podstawę przy obliczaniu elementu pomocy.

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

(165) W praktyce przy ustalaniu wynagrodzenia za inwestycję, cechy nietypowe, odbiegające od standardowej inwestycji w kapitał zakładowy znajdują zwykle wyraz w postaci odpowiednich dopłat lub potrąceń. Należy zatem sprawdzić, czy cechy szczególne, zwłaszcza dany profil ryzyka transferu funduszu celowego, sprawiają, że konieczne jest dostosowanie ustalonego minimalnego wynagrodzenia w wysokości 9,87 % (pierwsza transza) oraz 8 % (druga transza), którego oczekiwałyby inwestor prywatny za (hipotetyczną) inwestycję w kapitał zakładowy banku BayernLB, oraz czy Komisja może przedsięwziąć kwantyfikację uwzględniającą wystarczające obciążenie. W powyższym kontekście właściwe wydaje się sprawdzenie trzech kwestii: po pierwsze brak emisji nowych udziałów w spółce oraz związanych z nimi praw głosu, po drugie nadzwyczajna wartość przeniesionych aktywów oraz po trzecie brak płynności aktywów.

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

(167) Komisja uważa, że nie jest konieczna marża w związku z wielkością przeniesionych aktywów oraz wpływem, jaki przeniesienie to miało na bank BayernLB z punktu widzenia dyrektywy w sprawie współczynnika wypłacalności. Wskutek wniesienia środków funduszu celowego kapitał podstawowy BayernLB zwiększył się jedynie o 8 %, inaczej niż w innych wymienionych przypadkach banków krajów związkowych, w których częściowo doszło do podwojenia kapitału podstawowego. Także wniesienia kapitału zakładowego w wysokości 1,197 mld DEM do jednego z największych niemieckich banków uniwersalnych, biorąc pod uwagę szczególne zapotrzebowanie na kapitał europejskich instytucji kredytowych wskutek wdrażania dyrektywy w sprawie wskaźnika wypłacalności, nie należy postrzegać jako transakcji zasadniczo różniącej się pod względem wielkości od normalnych operacji. Komisja uznaje zatem raczej za mało prawdopodobne, aby inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej zażądał za daną absolutną i względną wielkość wniesionego kapitału szczególnej marży. Komisja odstępuje zatem na korzyść banku BayernLB od marży za wielkość przeniesionych aktywów. Porozumienie wychodzi także z założenia, że nie należy żądać marży w związku z wartością przeniesionych aktywów.

(168) Wreszcie należy zwrócić uwagę na brak płynności aktywów, tzn. brak możliwości odzyskania z danego przedsiębiorstwa w dowolnym momencie zainwestowanego kapitału. Inwestor może zwykle zbyć instrument kapitałowy na rynku na rzecz osoby trzeciej i w ten sposób zakończyć swoją inwestycję. Standardowe wniesienie kapitału zakładowego odbywa się, przyglądając się dokładnie, w następujący sposób: Inwestor wnosi po stronie aktywów w bilansie majątek (w postaci wkładu gotówkowego albo w formie aportu). Po stronie pasywów odpowiada temu zwykle udział na rzecz inwestora, którym może on dysponować, np. w przypadku spółki akcyjnej są to akcje. Akcje może on odsprzedać osobie trzeciej. W ten sposób inwestor nie może wprawdzie odzyskać początkowo wniesionych aktywów, ponieważ zaliczają się one

<sup>(47)</sup> Dokumenty udostępnione przez rząd niemiecki zawierały informacje o podatku dochodowym od osób prawnych w roku 1995 i 1996 w wysokości 42 %, do którego należało doliczyć podatek solidarnościowy w wysokości 7,5 % (razem 49,5 %). W roku 1998 łączne obciążenie podatkowe uległo zmniejszeniu do 47,5 %, a od 2001 roku wynosiło już tylko 30,5 %.

obecnie do obowiązkowego kapitału własnego spółki i nie ma on do nich dostępu. Jednakże może – w zależności od kursu giełdowego – uzyskać ich równowartość, zbywając posiadane akcje. Jego inwestycja kapitałowa uzyskuje w ten sposób płynność. Kraj związkowy nie posiada takiej możliwości z powodu szczególnych okoliczności przeniesienia aktywów funduszu celowego. Komisja nie widzi jednakże powodu dla ustalenia kolejnej marży. Kraj związkowy nie miał wprawdzie możliwości uzyskania równowartości poprzez wolne dysponowanie inwestycją, jednakże przynajmniej zasadniczo istniała możliwość ponownego wydzielenia aktywów funduszu z banku BayernLB na mocy ustawy i uzyskania wyższego zysku z kapitału poprzez ponowną inwestycję w inną instytucję kredytową. Także w tym przypadku porozumienie między BdB, Wolnym krajem związkowym Bawarią i bankiem BayernLB zakłada, że z powodu braku płynności aktywów nie jest konieczna marża.

(169) Komisja uważa ostatecznie za uzasadnioną marżę na zysk z kapitału w wysokości 0,3 % rocznie (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym) za rezygnację z uzupełniających praw głosu.

iv) **Brak zmniejszenia wynagrodzenia z powodu uzgodnienia wynagrodzenia ryczałtowego**

(170) W przypadku akcji wynagrodzenie zależy bezpośrednio od wyników uzyskiwanych przez przedsiębiorstwo i wyraża się przede wszystkim w formie dywidend i udziału w przyroście wartości przedsiębiorstwa (np. wyrażonym we wzroście kursu akcji). Kraj związkowy otrzymuje wynagrodzenie ryczałtowe, którego wysokość ma uwzględniać oba powyższe aspekty wynagrodzenia za „normalne” dokapitalizowanie. Można by argumentować, że stałe wynagrodzenie, które kraj związkowy otrzymuje w miejsce wynagrodzenia bezpośrednio powiązanego z wynikami WestLB, stanowi korzyść dla kraju związkowego, która usprawiedliwia redukcję stopy wynagrodzenia. Czy takie stałe wynagrodzenie jest rzeczywiście korzystniejsze niż zmienne, zależne od zysku, będzie w dużej mierze zależało od wyników przedsiębiorstwa osiągniętych w przyszłości. Jeśli będą one gorsze, wówczas stopa ryczałtowa jest korzystniejsza dla inwestora, przy ich polepszeniu jednakże, przeciwnie, stanowi rozwiązanie niekorzystne. Rzeczywistego rozwoju sytuacji nie można uwzględniać później do oceny decyzji inwestycyjnej. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie jest korzystny dla inwestora, gdyż musi się on zgadzać z ewentualnym pomniejszeniem wynagrodzenia. Biorąc pod uwagę powyższe argumenty, Komisja uważa, że stopa wynagrodzenia nie może zostać zredukowana.

v) **Łączne wynagrodzenie**

(171) Na podstawie powyższych rozważań i w porozumieniu z głównym skarżącym BdB, Wolnym krajem związkowym Bawarią oraz bankiem BayernLB Komisja doszła do wniosku, iż odpowiednie wynagrodzenie za pierwszą transzę kapitału powinno wynosić 6,42 % rocznie (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed

opodatkowaniem podatkiem kapitałowym), to jest 9,87 % zwykłego zysku z tego instrumentu plus marża w wysokości 0,3 % za szczególny charakter transakcji minus 3,75 % z powodu nakładów finansowych, które poniósł BayernLB w związku z brakiem płynności przeniesionych aktywów. Komisja uznała, że odpowiednie wynagrodzenie za drugą transzę powinno wynosić 5,25 % rocznie (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym), to jest 8,00 % normalnego zysku plus marża w wysokości 0,3 % minus 3,05 % w związku z brakiem płynności udostępnionego kapitału.

iv) **Obliczenie minimalnego wynagrodzenia za kapitał w wysokości 1,197 mld DEM do momentu uznania przez BAKred**

(172) Jak przedstawiono powyżej, rezerwa celowa w wysokości 1,197 mld DEM stanowiła dla banku BayernLB wartość materialną już przed uznaniem jej przez BAKred za kapitał podstawowy w rozumieniu przepisów KWG (Prawo bankowe), ponieważ obie transze zostały zbilansowane jako kapitał własny już w momencie wniesienia. Funkcję ekonomiczną powyższego kapitału można porównać z poręczeniem lub gwarancją. Aby podjąć ryzyko tego typu, inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej zażądałby odpowiedniego wynagrodzenia.

(173) Niemcy, podobnie jak uznała to Komisja w przypadku banku WestLB<sup>(48)</sup>, uważają, że właściwa stopa wyjściowa wynagrodzenia za funkcję gwarancyjną na rzecz banku BayernLB wynosi 0,3 % rocznie przed opodatkowaniem. Natomiast zdaniem Niemiec powody podwyższenia wyjściowej stopy wynagrodzenia wymienione w decyzji nie są właściwe. W przypadku WestLB na wymienioną stopę w wysokości 0,3 % rocznie ustalono marżę (przed opodatkowaniem) w wysokości kolejnych 0,3 % rocznie, ponieważ a) awale (poręczenia wekslowe) zwykle powiązane są z określonymi transakcjami i mają ograniczony czas trwania (tak nie było w przypadku WestLB) oraz b) kwota w wysokości ponad 3,4 mld DEM udostępniona bankowi WestLB jest wyższa niż kwoty, które zwykle pokrywają tego typu poręczenia bankowe.

(174) Biorąc pod uwagę zasadniczą porównywalność przypadków banków WestLB oraz BayernLB oraz z powodu braku innych wyznaczników, Komisja uważa, że taka stopa odpowiada wynagrodzeniu, które BayernLB musiałyby zapłacić na rynku w połowie lat 90-tych za przejście awalu na jego rzecz. Komisja zgadza się wstępnie z opinią Niemiec, iż kwota przeniesionych aktywów jest zdecydowanie niższa w przypadku BayernLB niż banku WestLB, a zatem drugi powód wymieniony w decyzji WestLB nie ma tutaj zastosowania. Funkcja gwarancyjna również w banku BayernLB nie była ograniczona czasowo lub też powiązana z określoną transakcją. Jednakże ograniczenie czasowe wynikało de facto z możliwości wykorzystania całej kwoty na rozszerzenie działalności po uznaniu jej przez BAKred za kapitał podstawowy. W rezultacie oddzielna prowizja za awal stała się zbędna. Wynagrodzenie za funkcję gwarancyjną było zawarte w wynagrodzeniu za funkcję rozsze-

<sup>(48)</sup> Decyzja 2000/392/WE.

rzenia działalności. Sytuacja obowiązywania tylko funkcji gwarancyjnej była zatem od początku ograniczona, co odróżnia sytuację banku BayernLB od przypadku banku WestLB.

Komisja jest zdania, iż w przypadku banku BayernLB, w przeciwieństwie do WestLB, marża nie jest uzasadniona i uznaje stopę w wysokości 0,3 % rocznie (przed opodatkowaniem) za odpowiednie wynagrodzenie za funkcję gwarancyjną kapitału od chwili bilansowego wniesienia kapitału na dzień 31 grudnia 1994 r. i 31 grudnia 1995 r. do momentu uznania przez BAKred<sup>(49)</sup>. Uwzględnienie podatku, przy założeniu podatku od przedsiębiorstw w wysokości 50 % w tamtym okresie czasu<sup>(50)</sup>, daje stopę w wysokości 0,15 % rocznie. Stopa w wysokości 0,15 % rocznie po opodatkowaniu została wzięta pod uwagę przez strony w tabeli dołączonej do porozumienia, w której obliczono element pomocy.

#### h) *Zmiana statutu w dniu 5 marca 2004 r.*

(175) Niemcy przedstawiły informację, że z dniem 5 marca 2004 r. wprowadzono zmiany w statucie Bawarskiego Banku Krajowego, zgodnie z którymi na podstawie dodanego § 2 a fundusz celowy wniesiony na dzień 31 grudnia 1994 r. oraz 31 grudnia 1995 r. do Bawarskiego Banku Krajowego, bez uszczerbku dla jego funkcji obowiązkowego kapitału własnego, nie służy już bankowi do zabezpieczenia działalności komercyjnej.

(176) W ten sposób bank nie może od chwili wejścia w życie powyższego postanowienia zabezpieczać ryzykownych aktywów z prowadzonej działalności komercyjnej BayernLB majątkiem celowym. Majątek celowy nie spełnia zatem funkcji rozszerzenia działalności. Kapitał posiada wyłącznie funkcję gwarancyjną.

(177) Zgodnie z umową przedłożoną Komisji, zawartą między Bawiarią oraz bankiem BayernLB, uzgodniono wynagrodzenie za funkcję gwarancyjną w formie prowizji w wysokości 0,3 % rocznie po opodatkowaniu. Zdaniem Niemiec, przytaczających uregulowania dotyczące wynagrodzenia za porównywalną transakcję, mamy do czynienia z wynagrodzeniem rynkowym, które bank BayernLB musiałby zapłacić obecnie na rynku za przejęcie awalu. Niemcy zauważyły ponadto, że w przypadku banku BayernLB wynagrodzenie za fundusz celowy podatkowo należy przyporządkować do podziału zysku, tym samym nie może zostać zaliczone do kosztów działalności. W związku z tym wynagrodzenie należy zapłacić po opodatkowaniu (netto).

<sup>(49)</sup> Jak powyżej wspomniano, w przypadku funkcji gwarancyjnej decydujący nie jest moment zatwierdzenia bilansu sporządzonego na dzień 31 grudnia danego roku obrotowego. Raczej należy się kierować rzeczywistym wniesieniem kapitału (patrz przypis 41).

<sup>(50)</sup> Patrz przypis 49.

(178) Komisja zgadza się ze zdaniem Niemiec, iż prowizja w wysokości 0,3 % rocznie po opodatkowaniu stanowi odpowiednią kwotę. Komisja przyjmuje niniejszym także stopę wyjściową w wysokości 0,3 % rocznie przed opodatkowaniem dla ocenianej transakcji. Komisja nie widzi podstaw, które mogłyby w ostatnich latach doprowadzić do zmiany stopy wyjściowej w wysokości 0,3 % rocznie przed opodatkowaniem, jaką przyjęto w decyzji dotyczącej WestLB 2000/392/WE oraz również w niniejszym przypadku za odpowiednie wynagrodzenie za udostępniony kapitał do chwili uznaniu przez BAKred za kapitał podstawowy. Niemcy również nie przytoczyły żadnych kontrargumentów. Niemniej jednak, uwzględniając przynajmniej<sup>(51)</sup> okoliczność bezterminowego udostępnienia kapitału bankowi BayernLB na cele gwarancyjne, zgodnie z metodą przyjętą w decyzji dotyczącej WestLB, marża w wysokości co najmniej 0,15 % rocznie przed opodatkowaniem jest uzasadniona. Przy czym należy uwzględnić, że stopy podatku od przedsiębiorstw były w roku 2004 zdecydowanie niższe niż w latach dziewięćdziesiątych<sup>(52)</sup>. Ocena powzięta po opodatkowaniu prowadzi zatem do wniosku, że Komisja może zaakceptować wybrany sposób obliczenia wynagrodzenia w wysokości 0,3 % po opodatkowaniu.

(179) Komisja uznaje, że wraz z nową regulacją dotyczącą pozostania funduszu celowego w banku badana pomoc państwa została zniesiona w dniu 5 marca 2004, czyli w dniu wejścia w życie statutu, a wynagrodzenie w wysokości 6,42 % rocznie po opodatkowaniu (pierwsza transza) oraz 5,25 % rocznie po opodatkowaniu (druga transza) uznane przez Komisję za odpowiednie należy zapłacić wyłącznie do tego dnia.

#### i) *Element pomocy*

(180) Zgodnie z powyższymi obliczeniami Komisja uważa, że wynagrodzenie płacone przez BayernLB za fundusz celowy, uznany przez BAKred w wysokości wartości gotówkowej za kapitał podstawowy, wynosi 6,42 % rocznie za pierwszą transzę (31 grudnia 1994 r.) oraz 5,25 % rocznie za drugą transzę (31 grudnia 1995 r.), w każdym z tych przypadków od końca miesiąca uznania za kapitał podstawowy przez BAKred (za kwotę w wysokości 655 mln DEM od 31 maja 1996 r. oraz za łączną kwotę w wysokości 1,197 mld DEM od 31 grudnia 1996 r.). Podstawą obliczenia wynagrodzenia jest łączna wartość gotówkowa funduszu celowego (rezerwy celowej), uznana przez BAKred za kapitał podstawowy. W latach 1998 i 1999, w których wartość gotówkowa kwoty uznanej przez BAKred rzeczywiście spadała z powodu wahań, należy przyjąć wyłącznie mniejszą wartość gotówkową jako podstawę obliczeń.

<sup>(51)</sup> Komisja zdaje sobie sprawę, że wysokość kwoty udostępnionej na cele gwarancyjne, wymienionej w decyzji WestLB 2000/392/WE jako kolejny powód podwyższenia, jest niższa w przypadku banku BayernLB, a więc ma tutaj mniejsze znaczenie.

<sup>(52)</sup> Zgodnie z dokumentami przedstawionymi przez rząd niemiecki, podatek dochodowy od osób prawnych wynosił w 1995 i 1996 roku 42 %, do którego dochodził podatek solidarnościowy w wysokości 7,5 % (a więc razem 49,5 %). Stopa podatkowa zmniejszyła się w 1998 roku do 47,5 %. Od 2001 roku stopa podatkowa wynosiła już tylko 30,5 %.

- (181) Powyższe wynagrodzenie powinno zostać zapłacone od momentu uznania przez BAKred do zniesienia pomocy w dniu 5 marca 2004 r.
- (182) Komisja uznaje ponadto, że wynagrodzenie w wysokości 0,15 % rocznie po opodatkowaniu, które należy zapłacić za kwotę rezerwy celowej wykazanej w bilansie już jako kapitał własny, ale jeszcze nieuznanej przez BAKred za kapitał podstawowy, to jest 655 mln DEM do uznania pierwszej transzy w dniu 8 maja 1996 r. oraz 542 mln DEM do uznania drugiej transzy w dniu 20 grudnia 1996 r., jest zgodne z rynkowym.
- (183) Bank BayernLB płaci obecnie wynagrodzenie w wysokości 0,6 % rocznie (po opodatkowaniu), i to wyłącznie za kwotę, którą rzeczywiście wykorzystuje jako zabezpieczenie ryzykownych aktywów. To wynagrodzenie zapłacono w roku 1996 w jednej transzy w wysokości 7 000 DEM. Komisja akceptuje ponadto zapłaconą przez BayernLB opłatę za poręczenie jako dodatkowe wynagrodzenie na rzecz kraju związkowego (patrz pkt 131).
- (184) Element pomocy stanowi różnicę między rzeczywistymi płatnościami a płatnościami zgodnymi z warunkami rynkowym. Element pomocy udostępniony został beneficjentowi w dniu, w którym należało zapłacić wynagrodzenie. Zgodnie z umowami o transferach jest to data zatwierdzenia bilansu za dany rok obrotowy.



(185) Tabela 2: Obliczenie elementu pomocy:

		1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
<b>Transza 1</b>											
1	udostępniiona na cele gwarancyjne (od-do):	01.01.-31.12.	01.01.-31.05.								
2	udostępniiona na cele gwarancyjne (DEM):	655 000 000	655 000 000								
3	udostępniiona na cele rozszerzenia działalności (od-do):		01.06.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-05.03.
4	udostępniiona na cele rozszerzenia działalności (DEM):		655 000 000	655 000 000	[...]	[...]	655 000 000	655 000 000	655 000 000	655 000 000	655 000 000
<b>Transza 2</b>											
5	udostępniiona na cele gwarancyjne (od-do):		01.01.-31.12.								
6	udostępniiona na cele gwarancyjne (DEM):		542 000 000								
7	udostępniiona na cele rozszerzenia działalności (od-do):			01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-05.03.
8	udostępniiona na cele rozszerzenia działalności (DEM):			542 000 000	[...]	[...]	542 000 000	542 000 000	542 000 000	542 000 000	542 000 000
<b>Obliczenie elementu pomocy</b>											
9	Wynagrodzenie w wysokości 0,15 % po opodatkowaniu za 2 (DEM)	982 500	408 033								
10	Wynagrodzenie w wysokości 6,42 % po opodatkowaniu za 4. (DEM)		24 587 197	42 051 000	[...]	[...]	42 051 000	42 051 000	42 051 000	42 051 000	7 468 074
	<i>Suma pośrednia: Wynagrodzenie za pierwszą transzę (DEM)</i>	982 500	24 995 230	42 051 000	[...]	[...]	42 051 000	42 051 000	42 051 000	42 051 000	7 468 074
11	Wynagrodzenie w wysokości 0,15 % po opodatkowaniu za 6 (DEM)		813 000								

		1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
12	Wynagrodzenie w wysokości 5,25 % po opodatkowaniu za 8 (DEM)			28 455 000	[...]	[...]	28 455 000	28 455 000	28 455 000	28 455 000	5 053 484
	<i>Suma pośrednia: Wynagrodzenie za drugą transzę (DEM)</i>	0	813 000	28 455 000	[...]	[...]	28 455 000	28 455 000	28 455 000	28 455 000	5 053 484
13	Suma wynagrodzeń (DEM)	982 500	25 808 230	70 506 000	[...]	[...]	70 506 000	70 506 000	70 506 000	70 506 000	12 521 557
14	już opłacone wynagrodzenie (DEM)	1 722 080	2 249 846	2 217 376	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	
	w tym: opłata za poręczenie *) (po opodatkowaniu) w DEM	1 722 080	2 242 846	2 217 376	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	
	w tym: prowizja gwarancyjna (po opodatkowaniu) w DEM		7 000								
15	Element pomocy (13 – 14) – DEM	- 739 580	23 558 383	68 288 624	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
16	Suma elementów pomocy – DEM										509 453 993
	Suma elementów pomocy – po przeliczeniu na EUR										260 479 690

Od 1 stycznia 1999 DEM przeliczana jest na EUR na podstawie kursu 1,95583. Dane należy odpowiednio przeliczyć na EUR.

Zmniejszenia wartości gotówkowej w latach 1998 i 1999 zostały zryczałtowane w obu transzach w stosunku do wartości gotówkowej. przyporządkowane transzom ryczałtowo w stosunku do wartości gotówkowej.

### 1.3. ZAKŁÓCENIE KONKURENCJI ORAZ WPLYW NA WYMIANĘ HANDLOWĄ MIĘDZY PAŃSTWAMI CZŁONKOWSKIMI

- (186) Wskutek liberalizacji usług finansowych oraz integracji rynków finansowych sektor bankowy na obszarze Wspólnoty narażony jest coraz bardziej na zakłócenia konkurencji. Sytuacja ta zaostrza się obecnie w ramach unii gospodarczo-walutowej, która ma przyczynić się do zniesienia pozostałych przeszkód dla konkurencyjności na rynkach usług finansowych.
- (187) Będący beneficjentem bank BayernLB prowadzi działalność bankową zarówno regionalnie, jak i w skali międzynarodowej. Bank BayernLB uważa się za uniwersalny bank komercyjny, bank centralny dla kas oszczędnościowych oraz bank kraju związkowego i jego gmin. Pomimo nazwy, tradycji oraz zadań uregulowanych ustawowo, bank BayernLB w żadnym razie nie jest jedynie bankiem lokalnym lub regionalnym.
- (188) Fakty pokazują, że bank BayernLB świadczy usługi bankowe, konkurując z innymi bankami europejskimi poza Niemcami oraz, jako że banki z innych państw europejskich prowadzą swoją działalność w Niemczech, na terenie Niemiec
- (189) Należy także zwrócić uwagę na ścisłe powiązanie między kapitałem własnym instytucji kredytowej i jego działalnością bankową. Tylko przy pomocy wystarczających zasobów uznanego kapitału własnego bank może prowadzić oraz rozszerzać działalność komercyjną. BayernLB został wyposażony w taki kapitał własny na cele wypłacalności wskutek podjęcia przez państwo środka pomocy, co bezpośrednio wpłynęło na możliwości transakcyjne banku.
- (190) Stwierdza się zatem, że pomoc przeznaczona dla banku BayernLB zakłóca konkurencję i wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.

### 1.4. WYNIK

- (191) Na podstawie powyższych rozważań można stwierdzić, że zostały spełnione wszystkie kryteria art. 87 ust. 1 Traktatu WE. Różnica między uzgodnionym wynagrodzeniem w wysokości 0,6 % rocznie oraz opłatą za poręczenie w wysokości 0,05 % rocznie a właściwym wynagrodzeniem w wysokości 6,42 % rocznie (pierwsza transza) i 5,25 % rocznie (druga transza) (obie po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym) za przeniesiony kapitał, z którego bank BayernLB mógł korzystać do dnia 5 marca 2004 r. na zabezpieczenie działalności komercyjnej, oraz 0,15 % rocznie (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym) za część majątku równoznaczną z poręczeniem, stanowią pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE.

## 2. ZGODNOŚĆ ZE WSPÓLNYM RYNKIEM

- (192) W dalszej kolejności należy sprawdzić, czy pomoc można uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem. Żadne odstępstwo określone w art. 87 ust. 2 Traktatu WE nie znajduje w powyższej sytuacji zastosowania. Pomoc nie ma

charakteru socjalnego, ani nie została przyznana indywidualnym konsumentom. Nie miała ona także na celu naprawienia szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi lub innym zdarzeniami nadzwyczajnymi, ani skompensowania niekorzystnych skutków gospodarczych spowodowanych podziałem Niemiec.

- (193) Pomoc nie ma celu wspierania regionów – nie jest przeznaczona ani na sprzyjanie rozwojowi gospodarczemu regionów, w których poziom życia jest nienormalnie niski lub regionów, w których istnieje poważny stan niedostatecznego zatrudnienia, ani na ułatwianie rozwoju niektórych regionów gospodarczych – dlatego nie ma zastosowania ani art. 87 ust. 3 lit. a), ani aspekt regionów gospodarczych wymieniony w art. 87 ust. 3 lit. c) Traktatu WE. Pomoc nie jest przeznaczona na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania. Wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturowego także nie stanowią celu pomocy.
- (194) Kontynuacja działalności banku BayernLB również nie była zagrożona w momencie przeprowadzania wymienionego działania, dlatego nie pojawiła się kwestia, czy bankructwo jednego z dużych banku, jakim jest BayernLB w Niemczech, mogłoby doprowadzić do kryzysu sektora bankowego, co z kolei na podstawie art. 87 ust. 3 lit. b) Traktatu WE mogłoby uzasadniać przyznanie pomocy w celu zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce Niemiec.
- (195) Zgodnie z art. 87 ust. 3 lit. c) Traktatu WE za zgodną ze wspólnym rynkiem może zostać uznana pomoc państwa przeznaczona na sprzyjanie rozwojowi niektórych regionów gospodarczych. Zasadniczo może to także odnosić się do pomocy na restrukturyzację w sektorze bankowym. W omawianym przypadku jednakże brak przesłanek koniecznych do zastosowania powyższego odstępstwa. Banku BayernLB nie można uznać za przedsiębiorstwo w trudnej sytuacji, które musi otrzymać pomoc państwa dla odzyskania rentowności.
- (196) Art. 86 ust. 2 Traktatu WE, który dopuszcza w określonych wyjątkowych sytuacjach odstępstwa od przepisów Traktatu o pomocy państwa, zasadniczo dotyczy także sektora usług finansowych. Komisja potwierdziła powyższe stwierdzenie w sprawozdaniu pt. „Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym przez sektor bankowy”<sup>(53)</sup>. W niniejszym przypadku nie zostały jednak spełnione przesłanki formalne: Nie zostały ustalone ani zadania, które bank BayernLB miałby wykonywać w ramach świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, ani koszty tej działalności. W związku z tym jest jasne, że przeniesienie majątku nie ma żadnego związku z jakimikolwiek usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym i miało na celu umożliwienie bankowi BayernLB spełnienie nowych wymogów kapitałowych. Dlatego w omawianym przypadku nie ma zastosowania także to odstępstwo.
- (197) Ponieważ żadne z odstępstw od zasady zakazu pomocy państwa zgodnie z art. 87 ust. 1 Traktatu WE nie znajduje zastosowania, niniejszej pomocy państwa nie można uznać za zgodną z Traktatem.

<sup>(53)</sup> Powyższe sprawozdanie przedłożono Radzie ds. Gospodarczych i Finansowych w dniu 23 listopada 1998 roku, ale nie zostało ono opublikowane. Powyższe sprawozdanie można otrzymać w Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji, oraz przeczytać na stronie internetowej Komisji.

## 3. BRAK POMOCY

- (198) Wbrew temu, co twierdziły Niemcy, nie można powiedzieć, że wniesiony kapitał mieści się w istniejącym systemie pomocy poręczeń państwowych dla „odpowiedzialności instytucji” (Anstaltslast) i dla „odpowiedzialności gwaranta” (Gewährträgerhaftung), lecz należy go postrzegać jako nową pomoc.
- (199) Po pierwsze przesłanki stanu nieograniczonej odpowiedzialności udziałowców banku za zobowiązania wierzycieli (Gewährträgerhaftung), jeżeli majątek banku nie jest wystarczający do ich zaspokojenia, od początku nie były spełnione. Wniesienie kapitału nie ma nic wspólnego ani z zaspokojeniem wierzycieli banku krajowego, ani też majątek banku krajowego nie był wyczerpany.
- (200) Po drugie nie ma zastosowania także „odpowiedzialność instytucji” (Anstaltslast). Poręczenie państwowe Anstaltslast zobowiązuje udziałowca (Anstaltsträger), czyli kraj związkowy Bawarię, do zapewnienia bankowi BayernLB środków koniecznych do prowadzenia działalności, jeżeli zdecyduje on, że bank ma kontynuować działalność. Jednak w momencie wniesienia kapitału bank BayernLB w żadnym wypadku nie był w sytuacji, w której prowadzenie prawidłowej działalności nie byłoby możliwe na przykład z braku wystarczających środków. Wniesiony kapitał nie był więc konieczny do zapewnienia prawidłowej działalności banku kraju związkowego. Miał on raczej na celu umożliwienie „kontynuacji przynoszącej dochody działalności” w obliczu wejścia w życie w dniu 30 czerwca 1993 r. zastrzonych przepisów dotyczących kapitału podstawowego/wskaźników zasobów własnych. Dzięki niemu bank krajowy mógł raczej, uwzględniając świadomą kalkulację ekonomiczną przeprowadzoną przez kraj związkowy jako (współ-)właściciela, także w przyszłości korzystać z szans pojawiających się na rynku w ramach gry konkurencyjnej. Do takiej normalnej, ekonomicznej decyzji kraju związkowego jako (współ-)właściciela nie ma zastosowania „szczególna regulacja” poręczenia państwowego Anstaltslast. Z braku innych reguł pomocy państwa, które można by zastosować zgodnie z art. 87 ust. 1, art. 88 ust. 1 Traktatu WE, wniesienie kapitału należy uznać za nową pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1, art. 88 ust. 3 Traktatu WE i odpowiednio zbadać.

## X. WNIOSEK

- (201) Komisja stwierdza, że Niemcy przyznały niedozwoloną nową pomoc państwa, naruszając art. 88 ust. 3 Traktatu WE.

(202) Pomocy nie można uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem ani na podstawie art. 87 ust. 2 lub ust. 3, ani na podstawie żadnego innego postanowienia Traktatu WE. Pomoc uznaje się za niezgodną ze wspólnym rynkiem, a wielkość niedozwolonej pomocy musi zostać zwrócona przez Niemcy,

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

## Artykuł 1

Pomoc państwa przyznana przez Niemcy na rzecz Bayerische Landesbank – Girozentrale, w okresie od 31 grudnia 1994 r. do 5 marca 2004 r. w wysokości 260 479 690 EUR jest niezgodna ze wspólnym rynkiem.

## Artykuł 2

Niemcy podejmą wszystkie konieczne działania, aby odzyskać od beneficjenta niedozwoloną pomoc, o której jest mowa w art. 1..

## Artykuł 3

Windykacja pomocy nastąpi niezwłocznie i według procedur przewidzianych w prawie narodowym, o ile umożliwiają one natychmiastowe i skuteczne wykonanie niniejszej decyzji.

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

Odsetki zostaną obliczone zgodnie z postanowieniami rozdziału V rozporządzenia Komisji (WE) nr 794/2004 <sup>(i)</sup>.

## Artykuł 4

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

## Artykuł 5

Niniejsza decyzja skierowana jest do Republiki Federalnej Niemiec.

Bruksela, dnia 20 października 2004 r.

W imieniu Komisji

Mario MONTI

Członek Komisji

<sup>(i)</sup> Dz.U. L 140 z 30.4.2004, str. 1.

## ZAŁĄCZNIK

## INFORMACJE DOTYCZĄCE WYKONANIA DECYZJI KOMISJI

1. **Obliczenie kwoty podlegającej zwrotowi**

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

Data płatności <sup>(°)</sup>	Wysokość pomocy <sup>(*)</sup>	Waluta	Nazwa beneficjenta

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

<sup>(\*)</sup> Wysokość przyznanej beneficjentowi pomocy (ekwiwalent pomocy brutto)

Uwagi:

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

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

- 2.1. Prosimy o dokładne opisanie, jakiego rodzaju działania zostały podjęte oraz jakie zaplanowano, aby przeprowadzić bezpośrednią i skuteczną windykację pomocy państwa. Prosimy także o wyjaśnienie, jakie istnieją działania alternatywne na podstawie prawa narodowego w celu przeprowadzenia windykacji. Prosimy o podanie podstawy prawnej do przeprowadzonych/zaplanowanych działań, o ile ona istnieje.

- 2.2. Proszę podać, w jakim terminie nastąpi zakończenie windykacji pomocy.

3. **Windykacja przeprowadzona**

- 3.1. Prosimy o przedłożenie następujących danych szczegółowych dotyczących pomocy, która została już odzyskana od beneficjenta:

Data <sup>(°)</sup>	zwrócona kwota	Waluta	Nazwa beneficjenta

<sup>(°)</sup> Data zwrotu pomocy

- 3.2. Prosimy o załączenie dokumentów potwierdzających zwrot kwot pomocy, które wymieniono w powyższej tabeli w punkcie 3.1.