

DECYZJA KOMISJI**z dnia 20 października 2004 r.****w sprawie pomocy państwa udzielonej przez Niemcy na rzecz Landesbank Schleswig-Holstein
Girozentrale, obecnie HSH Nordbank AG***(notyfikowana jako dokument nr C(2004) 3930)***(Jedynie tekst w języku niemieckim jest autentyczny)****(Tekst mający znaczenie dla EOG)**

(2006/741/WE)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

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

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

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

a także mając na uwadze, co następuje

I. PROCEDURA

- (1) Przedmiotem postępowania jest przeniesienie Instytucji Kredytowej Wspierającej Budownictwo Mieszkaniowe kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn (Wohnungsbaukreditanstalt des Landes Schleswig-Holstein, dalej zwanej „WKA”), Kasy Wspierającej Rozwój Gospodarczy kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn (Wirtschaftsaufbaukasse Schleswig-Holstein AG, dalej zwanej „WAK”) oraz rezerwy celowej – nieruchomości, dokonane przez kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn na rzecz Banku Kraju Związkowego Szlezwik-Holsztyn – Centrali Żyrowej (Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale, dalej zwanego „LSH”). Postępowanie powiązane jest z sześcioma innymi postępowaniami wszczętymi przeciw Niemcom z powodu wniesienia aktywów do banków krajów związkowych, w szczególności do Zachodnioniemieckiego Banku Kraju Związkowego – Centrali Żyrowej (Westdeutsche Landesbank Girozentrale, dalej zwanego „WestLB”).
- (2) W dniu 12 stycznia 1993 r. Komisja wystosowała do Niemiec wnioski o udzielenie informacji dotyczących podwyższenia kapitału w wysokości 4 mld DEM w WestLB wskutek włączenia Instytucji Wspierającej Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego (Wohnungsbauförderanstalt, dalej zwanej „WfA”) oraz podobnego podwyższenia środków własnych w bankach innych krajów związkowych. We wniosku o udzielenie informacji Komisja pytała o to, w jakich bankach krajowych doszło do przeniesienia przedsiębiorstw publiczno-prawnych oraz o powody przeprowadzenia powyższych transakcji.
- (3) Niemcy odpowiedziały w pismach z dnia 16 marca 1993 r. oraz 17 września 1993 r. Komisja zwróciła się do Niemiec o dalsze informacje w pismach z 10 listopada 1993 r. oraz 13 grudnia 1993 r., a Niemcy przekazały odpowiedź pismem z dnia 8 marca 1994 r.
- (4) W pismach z dnia 31 maja 1994 r. oraz 21 grudnia 1994 r. Federalne Zrzeszenie Banków Niemieckich (Bundesverband deutscher Banken e.V., dalej zwane „BdB”), reprezentujące banki prywatne z siedzibą w Niemczech, poinformowało Komisję między innymi o włączeniu WKA oraz WAK łącznie z ich całym majątkiem z dniem 1 stycznia 1991 r. do banku LSH. Jednocześnie powstały wcześniej Bank Inwestycyjny Szlezwik-Holsztyn (Investitionsbank Schleswig-Holstein, dalej zwany „IB”) przejął zadania WKA oraz WAK. IB jest osobnym działem banku LSH. Zdaniem BdB związane z tym podwyższenie środków własnych LSH stanowi zakłócenie konkurencji na korzyść LSH, ponieważ za wniesienie majątku nie uzgodniono wynagrodzenia zgodnego z zasadą inwestora rynkowego. W drugim wymienionym piśmie BdB wniosło formalną skargę i wezwało Komisję do wszczęcia formalnego postępowania wyjaśniającego przeciwko Niemcom na podstawie art. 93 ust. 2 Traktatu WE (obecnie art. 88 ust. 2).
- (5) Skarga dotyczyła także podobnych transferów majątku na rzecz Landesbank Berlin, Westdeutsche Landesbank, Norddeutsche Landesbank, Hamburger Landesbank oraz Bayerische Landesbank. W lutym i marcu 1995 r. oraz w grudniu 1996 r. do skargi Federalnego Zrzeszenia Banków Niemieckich przyłączyło się kilka pojedynczych banków.
- (6) W pismach z dnia 6 sierpnia 1997 r. oraz dnia 30 lipca 1998 r. BdB poinformowało Komisję o dwóch dalszych transferach majątku w krajach związkowych Szlezwik-Holsztyn oraz Hesja na rzecz LSH oraz Banku Kraju Związkowego Hesja-Turyngia (Landesbank Hessen-Thüringen). Zgodnie z informacjami przekazanymi przez BdB kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn zamierzał wnieść zabudowane nieruchomości gruntowe kraju związkowego do banku IB oraz wykazać ten majątek jako rezerwę celową w kapitale własnym LSH. BdB powołał się na § 20 projektu ustawy zmieniającej Ustawę o Banku Inwestycyjnym kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn (stan na 26 czerwca 1997 r.), zgodnie z którym majątek w nieruchomościach po odjęciu zobowiązań należy wykazać w kapitale własnym LSH jako rezerwę celową. BdB zwrócił uwagę na uzasadnienie ustawy dotyczące § 20 projektu, według którego rezerwa celowa nieruchomości stanowi obowiązkowy kapitał własny banku kraju związkowego zgodnie z niemieckim Prawem bankowym (Kreditwesengesetz). Wskazany w uzasadnieniu ustawy cel „mobilizacji majątku kraju związkowego w celu uzyskania płynności bez utraty

⁽¹⁾ D.U. C 76 z 28.3.2003, str. 2.

kompetencji dyspozycyjnej i decyzyjnej kraju związkowego” nie zostałyby spełnione, jeśli bank LSH zapłaciłby rynkową cenę zakupu za przeniesione nieruchomości.

- (7) Komisja zbadała w pierwszej kolejności wniesienie majątku do WestLB, wyjaśniła jednakże, że zbada wniesienia majątku do innych banków w świetle wyników sprawy WestLB⁽²⁾. W decyzji 2000/392/WE⁽³⁾ Komisja wyjaśniła ostatecznie w 1999 r., że pomoc państwa (różnica między uiszczonym wynagrodzeniem a wynagrodzeniem rynkowym) nie jest zgodna ze wspólnym rynkiem i nakazała zwrot pomocy. Sąd Pierwszej Instancji uchylił powyższą decyzję wyrokiem z dnia 6 marca 2003 r.⁽⁴⁾ z powodu niewystarczającego uzasadnienia dwóch elementów użytych do obliczenia wysokości wynagrodzenia, lecz potwierdził ją w pod każdym innym względem.
- (8) W dniu 1 września 1999 r. Komisja wystosowała do Niemiec wnioski o udzielenie informacji dotyczących wniesienia majątku do pozostałych banków krajów związkowych. Niemcy w odpowiedzi przesłali w piśmie z dnia 8 grudnia 1999 r. informacje odnośnie do wniesienia WKA oraz WAK do LSH, uzupełnione w piśmie z dnia 22 stycznia 2001 r. Na kolejne pismo z dnia 22 lutego 2001 r. Niemcy odpowiedziały dnia 3 maja 2001 r.
- (9) Komisja poinformowała Niemcy pismem z dnia 13 listopada 2002 r. o przyjęciu decyzji o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 88 ust. 2 Traktatu WE odnośnie do przeniesienia WKA, WAK oraz rezerwy celowej – nieruchomości kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn do LSH. Jednocześnie Komisja wszczęła także postępowania z powodu podobnych transferów aktywów na rzecz Norddeutsche Landesbank Girozentrale, Bayerische Landesbank, Hamburgische Landesbank Girozentrale oraz Landesbank Hessen-Thüringen. Wcześniej, już w lipcu 2002 r., Komisja wszczęła postępowanie w związku z wniesieniem Instytucji Kredytowej Wspierającej Budownictwo Mieszkaniowe (Wohnungsbaukreditanstalt) do Landesbank Berlin.
- (10) Decyzje o wszczęciu postępowania wyjaśniających opublikowano w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*⁽⁵⁾. Komisja wezwała zainteresowane strony do przedstawienia uwag.
- (11) W piśmie z dnia 11 kwietnia 2003 r. bank LSH przekazał uwagi dotyczące wszczęcia postępowania w sprawie LSH.
- (12) W piśmie z dnia 14 kwietnia 2003 r. Niemcy przedstawiły swoje uwagi odnośnie do wszczęcia postępowania.
- (13) W piśmie z dnia 29 lipca 2003 r. BdB przekazało uwagi dotyczące wszystkich decyzji o wszczęciu postępowania z dnia 13 listopada 2002 r.
- (14) Na kolejny wniosek Komisji o udzielenie informacji z dnia 11 września 2003 r. Niemcy przekazały kolejne informacje

w pismach z dnia 29. października i 6. listopada 2003 r. oraz ustosunkowały się do uwag BdB w kwestii LSH. W piśmie z dnia 30 października 2003 r. Niemcy przekazały stanowisko kraju związkowego Nadrenia Północna-Westfalia oraz WestLB odnośnie do uwag BdB w kwestii pięciu postępowań dotyczących banków krajowych wszczętych w listopadzie 2002 r.

- (15) Na kolejne wnioski Komisji o udzielenie informacji z dnia 7 kwietnia 2004 r., 30 kwietnia 2004 r., 19 maja 2004 r. oraz 12 sierpnia 2004 r. Niemcy odpowiedziały w pismach z dnia 1. i 28. czerwca 2004 r., 27 maja 2004 r., 23 czerwca 2004 r., 27 sierpnia 2004 r. oraz 30 września 2004 r.
- (16) Dnia 19 lipca 2004 r. główny skarżący (BdB), kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia oraz WestLB AG przedłożyli tymczasowe porozumienie o odpowiednim wynagrodzeniu za przeniesiony majątek. Powyższe wynagrodzenie powinno być ich zdaniem podstawą przyjęcia decyzji przez Komisję. Komisja otrzymała ostateczną wersję porozumienia dnia 13 października 2004 r. Ponadto BdB, kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn oraz HSH Nordbank, bank który powstał z LSH oraz Hamburgskiego Banku Krajowego w 2003 r., przekazały dnia 29 września 2004 r. tymczasowe porozumienie o odpowiednim wynagrodzeniu za wniesiony majątek funduszu celowego. Następnie Komisja otrzymała kilka pism od powyższych stron oraz od Niemiec. Ostateczna wersja porozumienia w sprawie przeniesienia majątku funduszu celowego na rzecz banku LSH wpłynęła do Komisji dnia 14 października 2004 r. Za wyjątkiem Banku Krajów Związkowych Hesji i Turynii, także w innych przypadkach doszło do zawarcia odpowiednich porozumień związanych z przeniesieniem aktywów do banków krajów związkowych, które zostały przekazane Komisji.

II. SZCZEGÓŁOWY OPIS ŚRODKÓW

1. BANK KRAJU ZWIĄZKOWEGO SZLEZWIK-HOLSZTYN
CENTRALA ŻYROWA
- (17) Bank Kraju Związkowego Szlezwik-Holsztyn Centrala Żyrowa (w skrócie LB Kilonia) z siedzibą w Kilonii wykazując sumę bilansową koncernu w wysokości 145,5 mld EUR (dzień bilansowy 31 grudnia 2002 r.), był jednym z 15 największych banków Niemiec. Został on założony w 1917 r. jako Bank Krajowy Prowincji Szlezwik-Holsztyn. Bank był publiczno-prawną instytucją kredytową, która przyjęła formę prawną instytucji prawa publicznego.
- (18) Właścicielami LSH od 1994 r. są koncern WestLB (39,9%), kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn (25,05 %), Związek Kas Oszczędnościowych i Żyrowych Szlezwika-Holsztynu (25,05 %), oraz Bank Kraju Związkowego Badenia-Wirtembergia (10 %). Powyższa struktura własnościowa ukształto-

⁽²⁾ Dz.U. C 140 z 5.5.1998, str. 9.

⁽³⁾ Dz.U. L 150 z 23.6.2000, str. 1; środki odwoławcze wobec decyzji podjęły: Niemcy (spr.; C 376/99), Nadrenia Północna-Westfalia (spr. T 233/99) oraz WestLB (spr. T 228/99); Komisja wszczęła postępowanie w sprawie naruszenia Traktatu (spr. C 209/00).

⁽⁴⁾ Zb. Orz. 2003, str. II-435.

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

wała się na skutek przeniesienia w dniu 1 stycznia 1994 r. udziałów przez kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn oraz Związek Kas Oszczędnościowych i Żyrowych Szlezwika-Holsztynu do banku WestLB oraz Banku Kraju Związkowego Badenia-Wirtembergia. Przed powyższym transferem kraj związkowy oraz Związek Kas Oszczędnościowych i Żyrowych posiadały po 50 % udziałów.

- (19) Dnia 2 czerwca 2003 r. w wyniku fuzji LSH oraz Hamburgskiego Banku Krajowego powstał bank HSH Nordbank AG, który przyjął formę prawną spółki akcyjnej. Podatkowo i bilansowo fuzja nastąpiła z mocą wsteczną od dnia 1 stycznia 2003 r.
- (20) W 2002 r. LSH wykazał w sprawozdaniu z działalności współczynnik kapitału podstawowego dla konkretnu w wysokości 6,5 % oraz współczynnik wypłacalności w wysokości 10,3 %. Rentowność kapitału własnego wynosiła w 2002 r. 10,4 %.
- (21) Zgodnie z § 42 Ustawy o kasach oszczędnościowych dla kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn LSB działał jako bank państwowy, bank centralny kas oszczędnościowych oraz bank komercyjny. Bank wykonywał transakcje bankowe kraju związkowego, wspierał kasy oszczędnościowe przy wykonywaniu ich zadań oraz udzielał kredytów komunalnych. Będąc bankiem państwowym, udzielał on kredytów sektorowi publicznemu, uczestniczył – częściowo jako członek konsorcjum wraz z bankami prywatnymi – w plasowaniu pożyczek kraju związkowego oraz pożyczek pod skrypt dłużny. Niezależnie od powyższego LSH działał jako uniwersalny bank komercyjny.
- (22) Zatrudniając ponad 2 500 pracowników, LSH miał oparcie w regionie i był zorientowany na działalność międzynarodową, a jako bank północy postrzegali Niemcy Północne oraz region bałtycki za główny obszar swojej działalności. Posiadał on własne oddziały, przedstawicielstwa oraz oddziały, a także był międzynarodowym specjalistą produktu i sektora w zakresie finansowania transportu, budowy statków i nieruchomości, finansowania banków i w zwiększającym się stopniu w transakcjach syndykowanych, działając również aktywnie na międzynarodowych rynkach kapitałowych.

2. TRANSFER MAJĄTKU WKA ORAZ WAK I REZERWY CELOWEJ – NIERUCHOMOŚCI DO LSH

2.1. ZAŁOŻENIE I ROZWÓJ BANKU INWESTYCYJNEGO SZLEZWIKA-HOLSZTYNU

- (23) Na mocy Ustawy o Banku Inwestycyjnym Szlezwika-Holsztynu (Investitionsbankgesetz, zwanej dalej „IBG”) z dnia 11 grudnia 1990 r. z dniem 1 stycznia 1991 r. utworzono bank IB jako organizacyjnie i gospodarczo samodzielną instytucję prawa publicznego bez zdolności prawnej, należącą do banku LSH. IB jest refinansowany w imieniu i za pośrednictwem LSH.
- (24) IB jest centralną instytucją wspierającą politykę gospodarczą i strukturalną kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn. Oferta IB obejmuje wspieranie gospodarki i budownictwa mieszkaniowego, projektów na rzecz ochrony środowiska oraz energii, wspieranie zadań komunalnych i rolnictwa

oraz zarządzanie projektami kraju związkowego i gmin. ⁽⁶⁾ Ponadto IB wspiera rozwój infrastruktury w regionie Morza Bałtyckiego.

- (25) Na mocy ustawy z dnia 7 maja 2003 r., która weszła w życie 1 czerwca 2003 r., z majątku LSH wyodrębniono IB z mocą prawną od dnia 1 czerwca 2003 r., a skutkiem bilansowym wstecznie od dnia 1 stycznia 2003 r. i nadano mu formę prawną zdolnej do czynności prawnych instytucji prawa publicznego pod nazwą „Bank Inwestycyjny Szlezwika-Holsztynu” z siedzibą w Kilonii. Majątek przypisany wyodrębnionemu Bankowi Inwestycyjnemu Szlezwika-Holsztynu ze wszystkimi składnikami aktywów i pasywów został przeniesiony do Banku Inwestycyjnego Szlezwik-Holsztyn w drodze sukcesji uniwersalnej. Pomimo wstecznej mocy bilansowej na dzień 1 stycznia 2003 r. LSH mógł do dnia 1 czerwca 2003 r. pokrywać transakcje komercyjne kapitałem IB w ten sam sposób jak dotąd.
- (26) Z mocą prawną od dnia 1 czerwca 2003 r. oraz wsteczną mocą bilansową od dnia 1 stycznia 2003 r. powstała także Instytucja Zarządzająca Nieruchomościami Szlezwika-Holsztynu (LVSH) jako instytucja prawa publicznego posiadająca zdolność do czynności prawnych pod nazwą „Instytucja Zarządzająca Nieruchomościami Szlezwika-Holsztynu” („Liegenschaftsverwaltung Schleswig-Holstein”) z siedzibą w Kilonii. Tym samym w dniu 1 czerwca 2003 r. wyodrębniono majątek celowy – nieruchomości na rzecz Instytucji Zarządzającej Nieruchomościami Szlezwika-Holsztynu. W ten sposób majątek ze wszystkimi składnikami aktywów i pasywów przeszedł w drodze sukcesji uniwersalnej na Instytucję Zarządzającą Nieruchomościami Szlezwika-Holsztynu. Pomimo wstecznej mocy bilansowej od dnia 1 stycznia 2003 r. LSH mógł do dnia 1 czerwca 2003 r. pokrywać transakcje komercyjne kapitałem IB w ten sam sposób jak dotąd.

2.2. PRZENIESIENIE WKA DO LSH

- (27) WKA powstała na mocy ustawy z dnia 31 marca 1950 r. pod nazwą Urząd powierniczy budownictwa mieszkaniowego i osiedlowego w kraju związkowym Szlezwik-Holsztyn (Landestreuhandstelle für Wohnungs- und Kleinsiedlungswesen in Schleswig-Holstein) jako korporacja prawa publicznego. Miała ona za zadanie wspierać kraj związkowy w zapewnianiu ludności odpowiednich mieszkań poprzez wspieranie publicznego, preferencyjnego pod względem podatkowym budownictwa mieszkaniowego. Majątek WKA składał się z tzw. majątku własnego oraz odrębnego. Majątek odrębny zgodnie z prawem miał przeznaczenie celowe, zgodnie z którym był on wykorzystywany na bieżąco na wspieranie działań związanych z socjalnym budownictwem mieszkaniowym. Majątek własny WAK nie miał przeznaczenia celowego. WKA udzielała z majątku własnego przede wszystkim preferencyjnych pożyczek budowlanych ⁽⁷⁾.
- (28) Zgodnie z § 2 ust. 1 IBG instytucja WKA została przeniesiona z całym majątkiem, z wyłączeniem kosztów likwidacji, z dniem 1 stycznia 1991 r. do LSH. W ten sposób § 2 ust. 1 IBG nakazał połączenie WKA z LSH. Zgodnie z § 14 ust. 1 IBG wszystkie zadania oraz kompetencje WKA wymienione w załączniku 1 IBG przeszły w dniu 1 stycznia na bank IB.

⁽⁶⁾ Porównaj Sprawozdanie Banku Inwestycyjnego z 1998 r., str. 1.

⁽⁷⁾ Komunikat Niemiec z dnia 8 grudnia 1999 r., str. 84.

2.3. PRZENIESIENIE WAK DO LSH

- (29) Kraj związkowy utworzył WAK jako bank o zadaniach specjalnych w formie spółki akcyjnej, którego zadaniem było wspieranie działalności gospodarczej oraz podejmowanie pozostałych działań mających na celu finansowe wzmocnienie struktury gospodarczo-transportowej.
- (30) Na mocy § 3 IBG minister finansów został upoważniony do przejęcia majątku w całości wraz z wszystkimi prawami i obowiązkami WAK. Niniejsze pełnomocnictwo było konieczne, ponieważ WAK jako spółka akcyjna nie mogła – analogicznie do WKA – zostać połączona z LSH. Majątek WAK został najpierw w drodze sukcesji uniwersalnej zgodnie z § 359 Ustawy o akcjach (Aktengesetz) przeniesiony na kraj związkowy, aby następnie można było przenieść składniki majątkowe na LSH. Odpowiada to ekonomicznie wniesieniu WAK do LSH.
- (31) Ministerstwo finansów zrobiło użytek z powyższego upoważnienia i przyjęło ofertę zarządu WAK z dnia 19 listopada 1990 r. dotyczącą przeniesienia majątku w dniu 2 stycznia 1991 r. „Umowa o wniesieniu majątku”, zawarta między krajem związkowym i LSH w dniu 2 stycznia 1991 r., uregulowała przeniesienie majątku WAK łącznie z wszystkimi prawami i obowiązkami z mocą obowiązującą od dnia 1 stycznia 1991 r.⁽⁸⁾
- (32) Zgodnie z § 14 ust. 1 IBG bank IB kontynuował wszystkie zadania WAK, które wymieniono w załączniku 2 do IBG.

2.4. PRZENIESIENIE REZERWY CELOWEJ – NIERUCHOMOŚCI DO LSH

- (33) Zgodnie z § 17 ust. 2 IBG Ministerstwo Finansów i Energii kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn zostało upoważnione do przeniesienia nieruchomości do banku IB. Z chwilą sprzedaży IB stał się prawnym i ekonomicznym właścicielem przeniesionych nieruchomości. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy IB nie mógł jednak dowolnie dysponować przeniesionymi nieruchomościami. Cały majątek w postaci nieruchomości wraz z ewentualnymi nadwyżkami miał przeznaczenie celowe.
- (34) Zgodnie z § 20 ust. 1 IBG przeniesiony majątek w nieruchomościach został odpowiednio wykazany jako rezerwa celowa – nieruchomości. Zgodnie z § 20 ust. 2 zyski z majątku w nieruchomościach należało przeznaczyć na rzecz utrzymania, nabycia i budowy nieruchomości. Mogły one zostać także przeznaczone – decyzją rządu krajowego – na spełnienie zadań banku inwestycyjnego lub wypłacone krajowi związkowemu.
- (35) Kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn sprzedał IB nieruchomości należące do niego w kilku transzach, łącznie [...] (*). Cenę sprzedaży poszczególnych obiektów oparto na wartościach rynkowych, wcześniej obliczonych w ramach indywidualnych ekspertyz.
- (36) Kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn wniósł do LSH każdorazowo części kwot uzyskanych ze sprzedaży w formie tzw.

„rezerwy celowej – nieruchomości”. Powyższe wniesienie nieruchomości kraju związkowego miało następujący wpływ na bilansowe środki własne LSH: nabycie pierwszej transzy przez IB na dzień bilansowy 31 grudnia 1999 r. doprowadziło do podwyższenia bilansowego kapitału własnego LSH o [...] mln DEM. Wraz z nabyciem drugiej transzy rezerwa celowa – nieruchomości wzrosła na dzień bilansowy 31 grudnia 2000 r. do łącznej kwoty [...] mln DEM. Po nabyciu trzeciej transzy osiągnęła ona na dzień bilansowy 31 grudnia 2001 r. łącznie kwotę [...] mln DEM i pozostała niezmienna do dnia 31 grudnia 2002 r.⁽⁹⁾

- (37) Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy rezerwa celowa – nieruchomości nie przyczyniła się do finansowania ani rozszerzenia działalności przez LSH. Federalny Urząd Nadzoru Bankowości⁽¹⁰⁾ („BAKred”) nie uznał jej za kapitał podstawowy w świetle przepisów o nadzorze bankowym, dlatego nie można jej było wykorzystać do prowadzenia działalności.

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

- (38) Zgodnie z dyrektywą Rady 89/647/EWG z dnia 18 grudnia 1989 r. w sprawie wskaźnika wypłacalności instytucji kredytowych⁽¹¹⁾ (dalej zwaną „dyrektywą w sprawie współczynnika wypłacalności”) oraz dyrektywą Rady 89/299/EWG z 17 kwietnia 1989 r. w sprawie funduszy własnych instytucji kredytowych⁽¹²⁾ (dalej zwaną „dyrektywą w sprawie funduszy własnych”), na podstawie których zmieniono niemieckie Prawo bankowe (Kreditwesengesetz, dalej zwane „KWG”), banki są zobowiązane posiadać kapitał obowiązkowy w wysokości 8 % aktywów ważonych ryzykiem. Z tego co najmniej 4 % winien stanowić tzw. kapitał podstawowy (kapitał „pierwszej kategorii”), który obejmuje składniki kapitału, którymi instytucja kredytowa może nieograniczenie dysponować i użyć ich bezpośrednio do pokrycia ryzyk i strat, jeżeli takie wystąpią. Kapitał podstawowy ma w rozumieniu przepisów o nadzorze bankowym decydujące znaczenie dla łącznych środków własnych banku, ponieważ na zabezpieczenie obciążonych ryzykiem transakcji banku można przeznaczyć kapitał uzupełniający (kapitał „drugiej kategorii”) tylko do wysokości kapitału podstawowego.
- (39) Banki niemieckie były zobowiązane do dnia 30 czerwca 1993 r.⁽¹³⁾ dostosować wysokość swojego kapitału obowiązkowego do wymogów dyrektywy w sprawie współczynnika wypłacalności oraz dyrektywy w sprawie funduszy własnych⁽¹⁴⁾. Przed wdrożeniem dyrektywy

⁽⁹⁾ Komunikat Niemiec z dnia 30 września 2004 r.

⁽¹⁰⁾ Obecnie Federalny Urząd Nadzoru Usług Finansowych (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, „BaFin”).

⁽¹¹⁾ Dz.U. L 386 z 30.12.1989, str. 14; zastąpiona przez dyrektywę 2000/12/EG Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. L 126 z 26.5.2000, str. 1).

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

⁽¹³⁾ W rzeczywistości nowe wymogi dotyczące kapitału własnego powinny były wejść w życie dnia 1 stycznia 1993 r., w Niemczech nastąpiło to z opóźnieniem.

⁽¹⁴⁾ Zgodnie z dyrektywą w sprawie współczynnika wypłacalności instytucje kredytowe są zobowiązane do posiadania środków własnych co najmniej w wysokości 8 % aktywów ważonych ryzykiem, a według dawnych przepisów niemieckich wymagany był współczynnik w wysokości 5,6 %; należy jednak podkreślić, iż definicja tego współczynnika środków własnych była węższa niż ta obowiązująca od momentu wejścia w życie dyrektywy o środkach własnych.

⁽⁸⁾ Komunikat Niemiec z dnia 8 grudnia 1999 r., str. 89.

(*) Informacje poufne

w sprawie współczynnika wypłacalności do prawa niemieckiego wiele banków krajów związkowych miało stosunkowo niskie kapitały obowiązkowe. Te instytucje kredytowe musiały pilnie zwiększyć bazę kapitałową, aby zapobiec ograniczeniu rozwoju ich działalności oraz móc przynajmniej utrzymać dotychczasowy zakres prowadzonych transakcji. Z powodu napiętej sytuacji budżetowej udziałowcy publiczni nie byli w stanie wnieść kapitału do wymienionych instytucji, ich zamiarem nie była także prywatyzacja czy też sfinansowanie dodatkowego kapitału poprzez rynki kapitałowe. Dlatego zdecydowano się przeprowadzić transfer majątku lub kapitału, i tak np. do banku WestLB wniesiono majątek Instytucji Wspierającej Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego kraju związkowego Nadrenia Północna-Westfalia („Wfa”), a w przypadku LSH wymieniony wyżej majątek WKA oraz WAK, a następnie także nieruchomości.

4. SKUTKI PRZENIESIENIA DO LSH

4.1. PRZENIESIENIE MAJĄTKU WKA I WAK DO LSH

- (40) Według danych Niemiec majątek własny WKA i majątek WAK został wniesiony do rezerwy celowej IB. Razem
- (42) LSH dysponował przeniesionymi środkami z pewnymi ograniczeniami, spowodowanymi szczególnym przeznaczeniem celowym rezerwy na zadania wspierające, co nie miało wpływu na ich funkcję gwarancyjną kapitału własnego. Z rezerwy celowej IB w wysokości 1 306 mln DEM w 1991 r. wykorzystano 288 mln DEM na zadania wspierające IB. W okresie od 1991 r. do 2003 r. LSH posiadał, zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy, następujące kwoty na zabezpieczenie działalności konkurencyjnej, wzgl. LSH wykorzystał następujące kwoty w rzeczywistości jako zabezpieczenie:

Tabela 1

Wniesiony kapitał IB, oraz kwoty kapitału udostępnione i wykorzystane na zabezpieczenie działalności komercyjnej (średnie wartości roczne)

w mln DEM

	1991 (4 mie- siące)	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003 (5 mie- siące)
Kapitał IB razem	1 306,0	1 312,2	1 337,9	1 387,0	1 472,0	1 563,0	1 665,9	1 763,0	1 814,0	1 817,0	1 849,2	1 923,9	1 967,6
Uznany przez nadzór bankowy	1 306,0	1 312,2	1 337,9	1 387,0	1 472,0	1 563,0	1 665,9	1 763,0	1 814,0	1 817,0	1 849,2	1 923,9	1 967,6
Wykorzystany przez IB	288,0	299,0	383,9	363,0	380,0	391,0	401,9	417,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Możliwy do wykorzystania przez LSH	1 018,0	1 013,1	954,0	1 024,0	1 092,0	1 172,0	1 264,0	1 346,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kwoty rzeczywiście wykorzystane przez LSH	0	0	347,0	326,0	161,0	508,0	815,0	1 104,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

- (43) Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy, LSH do dnia 31 grudnia 1990 r. posiadał kapitał podstawowy w wysokości 581 mln DEM oraz kapitał uzupełniający w wysokości 100 mln DEM. W stosunku do wówczas istniejącej bazy kapitałowej w wysokości 681 mln DEM, majątek funduszu celowego w wysokości 1 306 mln DEM spowodował jej wzrost o mniej więcej 190 %.

- (44) Uwzględniając, że LSH w 1992 r. dysponował 1 013 mln DEM na działalność komercyjną, to, zakładając współczynnik wypłacalności 5,6 % zgodnie z wówczas

kapitał IB wynosił 1 306,05 mln DEM ([...] mln DEM rezerwa celowa IB – składająca się z kapitału WKA: [...] mln DEM i kapitału WAK: [...] mln DEM – oraz [...] mln DEM rezerwa celowa przeznaczona na budownictwo mieszkaniowe) ⁽¹⁵⁾. Tymczasowy bilans otwarcia na dzień 1 stycznia 1991 r. wykazywał sumę składników kapitału własnego w wysokości 1 558 mln DEM. Ostateczna kontrola na dzień 1 stycznia 1991 r. skorygowała sumę do wysokości 1 306,05 mln DEM ⁽¹⁶⁾.

- (41) BAKred przyjął do wiadomości informacje zawarte w piśmie z dnia 15 sierpnia 1991 r., że obowiązkowy kapitał własny LSH zwiększył się dzięki rezerwie kapitałowej IB o 1 559,44 mln DEM. Niemcy zwróciły przy tym uwagę, że ostateczna kontrola wykazała, iż uznany kapitał własny w rzeczywistości wynosił tylko 1 306,05 mln DEM, a od 15 sierpnia 1991 r. LSH miało do dyspozycji dodatkowy kapitał obowiązkowy tylko w tej wysokości ⁽¹⁷⁾.

obowiązującym prawem bankowym, jego zdolność do udzielania kredytów 100 % ważonych ryzykiem, wzrosła o przynajmniej 18 000 mln DEM.

- (45) Uwzględniając, że od momentu obowiązywania wspólnego współczynnika wypłacalności w wysokości 8 % LSH dysponował kwotą między 1 024 mln DEM (1994 r.) oraz [...] mln DEM (2002 r.) na działalność komercyjną, zdolność do udzielania kredytów ważonych 100 % ryzykiem zwiększyła się o 12 800 mln DEM (1994 r.) lub o ponad [...] mln DEM (2002 r.). W 1999 r. bank

⁽¹⁵⁾ Komunikat Niemiec z dnia 8 grudnia 1999 r., str. 90.

⁽¹⁶⁾ Komunikat Niemiec z dnia 8 grudnia 1999 r., str. 91.

⁽¹⁷⁾ Komunikat Niemiec z dnia 8 grudnia 1999 r., str. 94.

dysponował nawet kwotą w wysokości [...] mln DEM, dzięki czemu zdolność do udzielania powyższych kredytów wzrosła o prawie [...] mln DEM.

- (46) W rzeczywistości jednak dopuszczalny wolumen kredytowy można było rozszerzyć zdecydowanie bardziej, ponieważ aktywa banku obciążone ryzykiem zwykle nie są wazone 100 %-owym ryzykiem⁽¹⁸⁾. Powyższe dotyczy także banku LSH, który prowadzi transakcje refinansowania z kasami oszczędnościowymi oraz transakcje kredytowe z gminami. Przy założeniu realistycznego wazenia ryzyka, wynoszącego w przypadku LSH prawdopodobnie poniżej 50 %, pojawia się możliwość podwojenia wyżej wymienionego rozszerzenia działalności do ponad 30 mld DEM.

4.2. PRZENIESIENIE NIERUCHOMOŚCI KRAJU ZWIĄZKOWEGO DO LSH

- (47) Zgodnie z informacjami podanymi przez Niemcy pismem z dnia 25 maja 1999 r. BAKred odmówił uznania rezerwy celowej – nieruchomości za kapitał podstawowy w rozumieniu przepisów nadzoru bankowego. W piśmie z dnia 25 maja 1999 r. BAKred ocenił wprowadzenie rezerwy celowej – nieruchomości jako rezerwy kapitałowej, lecz nie jako kapitał własny w rozumieniu przepisów nadzoru bankowego. Zdaniem BAKred wniesione nieruchomości oraz
- (50) LSH uścił następujące wynagrodzenie⁽²²⁾:

pośrednio rezerwa celowa utworzona w momencie ich nabycia na rzecz LSH podlegają „zwrotowi” w dowolnym czasie⁽¹⁹⁾.

- (48) Po powyższej odmowie uznania rezerwy celowej za kapitał podstawowy bank LSH – również w związku z niniejszym postępowaniem spowodowanym wysokością wynagrodzenia – nie zwrócił się ponownie do BAKred o uznanie rezerwy celowej za kapitał podstawowy. Zdaniem Niemiec powoduje to, że rezerwa celowa – nieruchomości nie może być wykorzystana ani przez LSH na zabezpieczenie działalności konkurencyjnej, ani przez IB do prowadzenia własnej działalności⁽²⁰⁾.

5. WYNAGRODZENIE ZA PRZENIESIONE ŚRODKI WŁASNE

5.1. WYNAGRODZENIE ZA MAJĄTEK WKA I WAK

- (49) LSH uścił wynagrodzenie za przeniesiony kapitał IB, jednakże każdorazowo wyłącznie za kwotę wykorzystaną. Zgodnie z przedłożonymi informacjami za rok 1993 uzgodniono wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 900 000 DEM. Za lata 1994 do 1996 pobrano tzw. „zaliczkę na zysk” w wysokości 0,5 % od części rezerwy celowej każdorazowo wykorzystanych na działalność komercyjną plus wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 750 000 DEM (1994 r.) oraz 200 000 DEM (1995 r.). Za lata 1997 do 2002 zaliczka na zysk wyniosła [...] % w odniesieniu do części kapitału IB wykorzystanych na działalność komercyjną⁽²¹⁾. Za lata 1991 oraz 1992 nie uiszczono żadnego wynagrodzenia.

Tabela 2

Wynagrodzenie wypłacone za wniesiony kapitał IB po opodatkowaniu

	w mln DEM												
	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Wypłacone wynagrodzenie po opodatkowaniu	0	0	0,9	2,4	1,0	2,5	5,0	6,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

- (51) Nowa dyrektywa w sprawie współczynnika wypłacalności nie była, zgodnie z argumentacją Niemiec, wyłączną przyczyną przeniesienia majątku WKA oraz WAK. Wniesienie majątku funduszu celowego przeznaczonego na rozwój budownictwa mieszkaniowego, który nie mógł być wykorzystany jako kapitał płynny, miało na celu jak najlepsze wykorzystanie masy majątkowej, z jednej strony poprzez rozszerzenie bazy kapitałowej na dalszą działalność wspierającą, a z drugiej poprzez przeznaczenie tego majątku na działalność gospodarczą. Połączenie WKA z WAK i wniesienie do LSH okazało się dla kraju związkowego rozwiązaniem najkorzystniejszym

z ekonomicznego punktu widzenia, nawet w porównaniu z prawnie niezależną instytucją wspierającą⁽²³⁾. Wniesienie majątku WKA i WAK mogło przyczynić się do zwiększenia siły kapitału LSH w przypadku ewentualnego zbycia udziałów w LSH. Jednocześnie, mając na uwadze zastrzone przepisy wspólnotowe, dzięki przeprowadzonemu połączeniu zabezpieczono długoterminowo bazę kapitałową LSH⁽²⁴⁾. Tym samym także na podstawie informacji przekazanych przez Niemcy podwyższenie obowiązkowego kapitału własnego odgrywało decydującą rolę w momencie wniesienia majątku WKA oraz WAK do LSH.

⁽¹⁸⁾ Patrz przypis 3, pkt. 64.

⁽²²⁾ Komunikat Niemiec z dnia 14 kwietnia 2003 r., załącznik 1, i z dnia 30 września 2004 r.

⁽¹⁹⁾ Pismo BAKred z dnia 25 maja 1999 r.

⁽²⁰⁾ Komunikat Niemiec z dnia 3 maja 2001 r., str. 2.

⁽²¹⁾ Komunikat Niemiec z dnia 8 grudnia 1999 r., str. 96 i z dnia 29 października 2003 r., str. 18.

⁽²³⁾ Komunikat Niemiec z dnia 8 grudnia 1999 r., str. 86.

⁽²⁴⁾ Komunikat Niemiec z dnia 8 grudnia 1999 r., str. 88.

5.2. WYNAGRODZENIE ZA NIERUCHOMOŚCI

- (52) Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy, bank LSH nie zapłacił krajowi związkowemu Szlezwik-Holsztyn wynagrodzenia za aktywne wniesione w formie rezerwy celowej – nieruchomości (25).

III. POWODY WSZCZĘCIA POSTĘPOWANIA

- (53) W decyzji o wszczęciu postępowania z dnia 13 listopada 2002 r. Komisja doszła do wniosku, że wniesienie WKA i WAK oraz wniesienie kwoty w wysokości [...] mln EUR do rezerwy celowej – nieruchomości kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn stanowi prawdopodobnie pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE na rzecz LSH.
- (54) Punktem wyjściowym badania była zasada inwestora rynkowego. Zgodnie z nią sytuacja, w której przedsiębiorstwo jest własnością sektora publicznego i dzięki temu otrzymuje środki publiczne, nie stanowi pomocy państwa. Wyłącznie jeśli powyższe środki publiczne udostępniane są przedsiębiorstwu na warunkach, których w normalnej sytuacji rynkowej nie byłoby ono w stanie otrzymać, stanowi to sprzyjanie danemu przedsiębiorstwu wskutek przekazania środków państwowych.
- (55) W niniejszym przypadku Komisja doszła do wniosku, że LSH odniósł korzyść w wyniku wniesienia środków własnych, szczególnie wskutek zwiększenia zdolności do udzielania kredytów w ramach prowadzonej działalności komercyjnej i konkurencyjnej LSH (funkcja rozszerzenia działalności kapitału własnego). W normalnych warunkach rynkowych wniesienie kapitału podlegałoby wynagrodzeniu odpowiednio do jego wartości przy uwzględnieniu jego funkcji oraz podjętego ryzyka. Do wyznaczenia wynagrodzenia rynkowego za wniesiony kapitał można się zatem posłużyć długoterminową stopą procentową nieobciążoną ryzykiem (dla dziesięcioletnich obligacji federalnych), do której należy doliczyć premię za ryzyko, odzwierciedlającą zwiększone ryzyko, którym obciążone są środki własne. Stopa wynagrodzenia za długoterminową lokatę kapitałową nieobciążoną ryzykiem już w momencie wniesienia kapitału, pod koniec 1990 r., znajdowała się na poziomie 9 % (26), wobec czego Komisja miała poważne wątpliwości, czy zapłacone wynagrodzenie ryczałtowe i/lub wynagrodzenie w wysokości 0,5 % lub [...] % rocznie za rzeczywiście wykorzystane środki własne można uznać za rynkowe, nawet nie uwzględniając koniecznej premii za ryzyko.
- (56) Komisja wyraziła ponadto wątpliwości, czy inwestor rynkowy zaakceptowałby ograniczenie własnego wynagrodzenia do tej części kapitału, który rzeczywiście został wykorzystany.
- (57) Komisja przyznała jednak już w decyzji o wszczęciu postępowania, że brak płynności wniesionego kapitału nie powinien pozostać bez wpływu na wynagrodzenie rynkowe. Chociaż pozbawione płynności środki własne banku pozwalają na rozszerzenie wolumenu kredytowego, należy

uwzględnić, że w przypadku wniesienia kapitału pozbawionego płynności bank LSH może osiągnąć najwyższe możliwe zwiększenie wartości transakcji tylko jeśli dodatkowy wolumen kredytowy zostanie w całości zrefinansowany na rynku kapitałowym. Kraj związkowy nie może zatem spodziewać się takiego samego zysku z kapitału, jak inwestor kapitału płynnego, a więc odpowiednie potrącenie z wynagrodzenia jest w tej sytuacji uzasadnione.

- (58) Komisja nie była w stanie ocenić, czy kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn przy wniesieniu majątku WKA i WAK zwrócił uwagę na odpowiedni udział w wypłacanych zyskach banku i we wzroście wartości banku. Przede wszystkim kraj związkowy nie należał na zmianę stosunków udziałowych na swoją korzyść, co byłoby jednak konieczne do zapewnienia, że wypłaty dywidendy oraz wzrost wartości będą odpowiadać wysokości wniesionego kapitału. Ponadto kraj związkowy nie podwyższył swojego udziału we wzroście wartości od 1 stycznia 1994 r., a wręcz doprowadził do jego zmniejszenia.
- (59) Uwzględniając powyższe, Komisja uznała w decyzji o wszczęciu postępowania wyjaśniającego, że w przypadku omawianych działań na rzecz LSH, który działa na poziomie regionalnym, krajowym i międzynarodowym, mamy prawdopodobnie do czynienia z pomocą państwa zgodnie z art. 87 ust. 1 Traktatu WE. Pomoc państwa wydawała się niezgodna ze wspólnym rynkiem, ponieważ żadne odstępstwo przewidziane w art. 87 ust. 2 i 3 Traktatu WE oraz z art. 86 ust. 2 Traktatu WE nie miało zastosowania w powyższej sytuacji.

IV. UWAGI NIEMIEC I LSH

- (60) Zaprezentowano stanowisko, że kapitał IB tylko w ograniczonym stopniu mógł być wykorzystany przez LSH, ponieważ nie wypełniał w przeciwieństwie do normalnego kapitału podstawowego trzech podstawowych funkcji lub czynił to tylko w ograniczonym stopniu: (a) funkcja finansowania, z której LSH mogłyby skorzystać wyłącznie w sytuacji pełnego wniesienia WAK i WKA, (b) funkcja gwarancyjna była bardzo zredukowana, ponieważ kapitał IB ponosi odpowiedzialność tylko w drugiej kolejności po pozostałym kapitale własnym LSH. Ponadto zobowiązanie do uzupełnienia gwarantowało, że nawet w sytuacji niewypłacalności LSH kapitał IB nie zostanie wykorzystany, a (c) kapitał IB można tylko w ograniczonym stopniu wykorzystać na rozszerzenie działalności, jako że po pierwsze trzeba odjąć od niego tę część kapitału, którą należy wykorzystać na zabezpieczenie nieruchomości kraju związkowego przekazanych do IB, a po drugie część kapitału IB udostępniona LSH zmniejszyła się w ostatnich latach z powodu rozszerzenia działalności przez IB.
- (61) Z powyższego wywnioskowano, że wniesionego kapitału IB nie można traktować jak normalnej inwestycji w kapitał zakładowy, a jego szczególne cechy powinny wpłynąć na zmniejszenie wynagrodzenia, którego kraj związkowy mógłby oczekiwać jako odpowiedniego za kapitał IB.

(25) Komunikat Niemiec z dnia 29 października 2003 r., str. 2.

(26) W sprawozdaniu z działalności LSH za rok 1990 podano na str. 28 wartości między 8,8 % a ponad 9 %. W sprawozdaniu z działalności za rok 1991 na str. 27 podano wartości za ten rok między 8,4 % a 9,17 %. Przeniesienie majątków WAK i WKA nastąpiło z dniem 1 stycznia 1991 r., zatem porozumienie o wynagrodzeniu rynkowym powinno było przyjąć za podstawę znane wówczas zyski z kapitału z 1990 r.

(62) Ponadto argumentowano, że została przyznana pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE. Po pierwsze w momencie wniesienia kapitału IB stosunek między bankiem kraju związkowego a jego poręczycielami zobowiązanymi do zapewnienia płynności (Anstaltssträger) był w dużym stopniu uwarunkowany istnieniem szczególnych form poręczeń na rzecz banków publicznych w Niemczech (poręczenia państwowe Anstaltslast i Gewährträgerhaftung). „Anstaltslast” oznacza zobowiązanie poręczycieli do wyposażenia instytucji w środki finansowe konieczne do wypełniania zadań jej powierzonych i w ten sposób do utrzymywania jej zdolności działania podczas jej istnienia. Taki właśnie był cel wniesienia kapitału IB. Zredukowanie poręczenia Anstaltslast wyłącznie do zobowiązania poręczyciela do ochrony instytucji przed upadłością nie byłoby zgodne z historycznym rozumieniem powyższej instytucji poręczycielskiej. Po drugie LSH argumentuje, że świadczy usługi w ogólnym interesie gospodarczym. Po trzecie wymóg średniego zysku z kapitału jest sprzeczny z art. 87 ust. 1 Traktatu WE w połączeniu z art. 295 Traktatu WE, ponieważ skutek takiego szczególnego wymogu stawianego publicznemu inwestorowi naruszona zostaje wynikająca z art. 295 zasada równego traktowania przedsiębiorstw prywatnych i publicznych.

Odpowiedniość wynagrodzenia według zasady inwestora rynkowego

- (63) Zwrócono uwagę na trzy różne ekonomiczne podejścia, przy pomocy których można obliczyć rynkowe wynagrodzenie za wniesienie kapitału: metodę premii ubezpieczeniowej, metodę profilu ryzyka oraz metodę kapitału zakładowego.
- (64) W przypadku metody premii ubezpieczeniowej punktem wyjścia jest fakt, że WAK i WKA wniesiono do LSH wyłącznie w ograniczonym zakresie oraz że płynność kapitału z powodu jego przeznaczenia celowego leży w pełni w dyspozycji kraju związkowego. Wynagrodzenie należy zapłacić wyłącznie za ryzyko ponoszone przez kraj związkowy za poręczenie kapitałem IB w przypadku niewypłacalności banku kraju związkowego.
- (65) Metoda profilu ryzyka określa odpowiednie wynagrodzenie rynkowe za pomocą ponoszonego ryzyka inwestycyjnego, któremu podlega zainwestowany kapitał w przypadku inwestycji w obowiązkowy kapitał własny banku. Wniesienie kapitału o właściwościach kapitału IB porównuje się przy tym z instrumentami rynku kapitałowego o cechach ekonomicznych porównywalnych z inwestycją kraju związkowego. W ten sposób oznaczone zostaje wynagrodzenie rynkowe.
- (66) Chociaż metoda kapitału zakładowego jest zdecydowanie bardziej skomplikowana i bardziej podatna na błędy, niemniej jednak przy odpowiednim zastosowaniu prowadzi ona także do takiego samego wyniku jak dwie pozostałe metody. W kwestii wyjściowej stopy procentowej oraz poszczególnych rodzajów premii i potrąceń zajęto następujące stanowisko:
- (67) Zysk minimalny po opodatkowaniu: Stawka w wysokości 12 % jest zawyżona, uwzględniając zysk osiągany w sektorze bankowym, a szczególnie w sektorze banków publicznych. Można by ewentualnie ustalić początkową stawkę w wysokości 11 %. Odniesienie w tej kwestii stanowią różne ekspertyzy przedłożone w trakcie postępowania dotyczącego WestLB.
- (68) Premia za ryzyko: Premia za ryzyko w wysokości 1,5 % wymieniona w decyzji 2000/392/WE jest nieuzasadniona i powinna zostać w całości odrzucona. W przypadku LSH nie chodzi o wniesienie kapitału w łącznej wysokości 5,9 mld DEM (znaczna lokata finansowa) jak w przypadku banku WestLB, lecz o wniesienie kapitału w łącznej wysokości 1,6 mld DEM. Ponadto z punktu widzenia inwestora znaczenie ma nie wielkość inwestycji, lecz struktura ryzyka. Brak zwiększenia praw do głosu także nie dotyczy przypadku LSH, ponieważ zwiększenie praw do głosu nie zwiększyłoby wpływu kraju związkowego na bank. Również trzeci podany powód, tj. brak zamierności kapitału IB, nie jest uzasadniony, gdyż kapitał IB został wprawdzie wniesiony do LSH na czas nieograniczony, lecz nie nieodwołalnie.
- (69) Potrącenie za brak płynności: Koszty płynności spowodowane są faktem, że z powodu ograniczeń dotyczących wniesienia LSH uzyskał kapitał IB tylko jako kapitał podporządkowany i musi starać się o odpowiednią płynność na rynku kapitałowym, gdyż płynność kapitału IB pozostaje nadal w gestii kraju związkowego. Z tego powodu dodatkowe odsetki za kapitał obcy w wysokości nieobciążonych ryzykiem stóp procentowych należy w całości odjąć od żądanego przez inwestora, czyli kraj związkowy, zysku z kapitału. Zmniejszenie potrącenia o prawie połowę, uzasadnione przez Komisję w sprawie banku WestLB mniejszym przychodem banku podlegającym opodatkowaniu oraz związanym z tym mniejszym obciążeniem podatkiem od osób prawnych, jest błędne. Podatek od osób prawnych standardowej inwestycji jest zaliczką na poczet podatku od osób fizycznych lub od osób prawnych, który płaci inwestor. Zgodnie z systematyką niemieckich przepisów dotyczących podatku od osób prawnych nie stanowi on obciążenia przedsiębiorstwa.
- (70) Zaliczenie podatku od osób prawnych od dywidendy na podatek od dochodów osobistych (Anrechnungsverfahren): LSH uważa, że jeśli Komisja chce pozostać przy metodzie kapitału zakładowego, musi ona albo odjąć kwotę podatku od osób prawnych od dywidendy zaliczoną na podatek od dochodów osobistych od zysku z kapitału prywatnego porównywalnego inwestora lub dodać odpowiednią, fikcyjną kwotę podatku od osób prawnych od dywidendy zaliczoną na podatek od dochodów osobistych do zysku kraju związkowego z kapitału.
- (71) Efekt właściciela, efekt kuponu, potrącenie za stałe wynagrodzenie: LSH zwraca uwagę na pozostałe skutki ekonomiczne, które prowadzą do zmniejszenia uznanego za „odpowiednie” wynagrodzenia za kapitał IB.
- (72) Z punktu widzenia przepisów dotyczących pomocy państwa bez znaczenia jest fakt, w jakiej formie kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn otrzyma od LSH wynagrodzenie za wniesienie kapitału IB. Oceniając wynagrodzenie przysługujące krajowi związkowemu, należy także uwzględnić korzyści związane z efektem synergii uzyskane dzięki wniesieniu kapitału. Wniesienie kapitału IB do LSH spowodowało, że kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn mógł uzyskać wyższą cenę za udziały banku WestLB i Banku Kraju Związkowego Badenia-Wirtembergia w LSH, niż gdyby do transferu nie doszło.

- (73) W kwestii rezerwy celowej – nieruchomości argumentowano, że w odniesieniu do LSH nie wypełnia ona ani funkcji finansowej, ani funkcji rozszerzenia działalności, ponieważ nie została uznana przez BAKred za kapitał podstawowy w rozumieniu przepisów nadzoru bankowego. Wynagrodzenie za składniki majątku wniesione do LSH w formie rezerwy celowej – nieruchomości nie było należne, gdyż wniesienie to nie stanowiło dla LSH korzyści gospodarczej, za którą inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi zażądałby wynagrodzenia.
- (74) Podsumowując, wniesienie majątku wspierającego rozwój budownictwa mieszkaniowego kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn do LSH nie stanowi pomocy państwa. Porównywalnego wniesienia mógłby dokonać także hipotetyczny inwestor prywatny. Kraj związkowy otrzymał od banku LSH za powyższe wniesienie odpowiednie, rynkowe wynagrodzenie.

V. UWAGI BdB

- (75) Zdaniem BdB bank LSH nie uiszczył odpowiedniego wynagrodzenia za wniesiony kapitał podstawowy i otrzymał w ten sposób pomoc ze strony państwa.
- (76) BdB stwierdza w uwagach z dnia 29 lipca 2003 r. odnośnie do postępowań wszczętych w dniu 13 listopada 2002 r. przeciw bankom krajów związkowych, że odpowiednie wynagrodzenie należy określić zgodnie z metodą przyjętą przez Komisję w decyzji 2000/392/WE.
- (77) Należy zatem przeprowadzić najpierw porównanie udostępnionego kapitału z innymi instrumentami kapitału własnego. Następnie należy obliczyć wynagrodzenie minimalne, którego inwestor oczekiwałby za tę konkretną inwestycję w kapitał własny banku krajowego. Ostatecznie oblicza się ewentualne potrącenia lub premie z tytułu szczególnego charakteru transferu majątku.

Porównanie z innymi instrumentami kapitału własnego

- (78) Zrzeszenie BdB uznało w swoich uwagach, iż wniesienie majątków wspierających rozwój budownictwa mieszkaniowego we wszystkich pięciu postępowaniach dotyczących banków krajowych oraz w przypadku LSH należy porównać z wniesieniem kapitału zakładowego.
- (79) Prawie wszystkie banki krajów związkowych potrzebowały od 1992 r. nowego kapitału podstawowego po to, aby sprostać zaostrzonym wymaganiom w związku z nową dyrektywą w sprawie współczynnika wypłacalności. Bez podwyższenia bazy kapitałowej banki krajów związkowych musiałyby ograniczyć swoją działalność. Zdaniem BdB należy z tego wyciągnąć wniosek, że wniesiony kapitał można porównać tylko z takimi instrumentami kapitału własnego, które w roku wniesienia były uznawane i dostępne jako kapitał podstawowy (kapitał „pierwszej kategorii”). Stąd z porównania należy wykluczyć akcje

uprzywilejowane, które nie dają prawa głosu, papiery wartościowe uprawniające do udziału w zysku i tzw. perpetual preferred shares. Te trzy instrumenty kapitału własnego nie są w Niemczech uznawane za kapitał podstawowy, lecz tylko za kapitał uzupełniający (kapitał „drugiej kategorii”). Ponadto na początku lat 90-tych perpetual preferred shares w Niemczech nie były jeszcze w ogóle dostępne.

- (80) W czasie, kiedy nastąpiło wniesienie kapitału, za kapitał podstawowy uznawano w Niemczech tylko kapitał zakładowy oraz ciche udziały. Porównania z cichymi udziałami nie można zastosować w żadnym z wymienionych przypadków. Po pierwsze, w przeciwieństwie do udostępnionego kapitału zakładowego, ciche udziały mają wyłącznie ograniczony czas trwania lub można je wypowiedzieć, a po upływie ich czasu trwania muszą być zwrócone inwestorowi. Inwestor nie może oczekiwać, iż za cichy udział otrzyma takie samo wynagrodzenie, jak za instrumenty kapitału własnego uznawane bezterminowo przez nadzór bankowy.
- (81) Po drugie, chociaż w niektórych przypadkach twierdzono, że wniesiony kapitał odpowiada w drugiej kolejności po kapitale zakładowym na podstawie uzgodnień między właścicielami banku kraju związkowego, nie oznacza to jeszcze obniżenia ryzyka dla inwestora. We wszystkich przypadkach wniesiony kapitał stanowi znaczną część łącznego kapitału podstawowego, czasem nawet więcej niż 50 %. Dlatego jest bardzo prawdopodobne, że wniesiony kapitał mógłby zostać wykorzystany przynajmniej częściowo w przypadku strat⁽²⁷⁾.
- (82) Po trzecie, różnice w jakości cichych udziałów w porównaniu z kapitałem zakładowym potwierdził także Komitet Bazylejski ds. Nadzoru Bankowego w definicji kapitału podstawowego na potrzeby nadzoru bankowego. Zgodnie z tą definicją ciche udziały mogą być uznane przez nadzór bankowy tylko za kapitał tzw. kapitał niższej kategorii pierwszej (lower tier 1). Ten składnik kapitału może stanowić tylko 15 % wymaganego wskaźnika kapitału podstawowego, tzn. przy wskaźniku kapitału podstawowego w wysokości 4 % 3,4 % powinien stanowić kapitał akcyjny oraz otwarte rezerwy (np. wniesione rezerwy celowe w bankach krajów związkowych). Ponadto podrzędne instrumenty kapitału własnego, np. akcje uprzywilejowane lub papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach, są wykorzystywane przez banki tylko w ograniczonym zakresie. W wyniku presji ze strony agencji ratingowych nie przekroczyły one – inaczej niż w ocenianych tutaj przypadkach – prawie nigdy 10 % całości kapitału podstawowego banku. Ciche udziały nie mają zatem zastosowania do inwestycji o dużych wartościach inwestowanych tylko przez jednego inwestora.

⁽²⁷⁾ Ponadto premię za ryzyko lub poręczenie płaci się przede wszystkim z powodu ryzyka utraty w przypadku niewypłacalności. Wówczas kapitał jest bezpowrotnie stracony. Przy stałej stracie (częściowej), a więc poza niewypłacalnością, istnieje zawsze szansa, iż kapitał własny zostanie ponownie uzupełniony dzięki zyskom.

Minimalne wynagrodzenie za inwestycję w kapitał zakładowy banku kraju związkowego

- (83) BdB twierdzi, że wszystkie metody obliczenia odpowiedniego wynagrodzenia (zysku z kapitału) za udostępniony kapitał zakładowy określają zysku nieobciążony ryzykiem, a następnie dodają premię za ryzyko.

Metody te opierają się na następującej podstawowej zasadzie:

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

- (84) Do obliczenia zysku kapitałowego nieobciążonego ryzykiem BdB posłużyło się zyskiem kapitałowym z długoterminowych obligacji państwowych, ponieważ inwestycje w papiery wartościowe o stałym oprocentowaniu emitowane przez państwo są obciążone najmniejszym ryzykiem lub nie są obciążone żadnym ryzykiem ⁽²⁸⁾.

- (85) W celu obliczenia premii za ryzyko BdB oblicza najpierw tzw. rynkową premię za ryzyko, tzn. różnicę między średnim zyskiem z długoterminowej inwestycji w akcje oraz zyskiem z długoterminowych inwestycji w obligacje państwowe. W uwagach z dnia 29 lipca 2003 r. BdB przyjmuje dla niemieckiego rynku akcji jednolitą rynkową premię za długoterminowe ryzyko w wysokości 4,6 %.

- (86) Następnie BdB określa wartość współczynnika beta banków krajów związkowych, tzn. indywidualną premię za ryzyko banków, która służy do dopasowania ogólnej rynkowej premii za ryzyko. BdB oblicza przy tym wartości beta na statystycznie, co oznacza, że wartości beta wyliczane są na podstawie próbki losowej danych historycznych. BdB otrzymało wynik, zgodnie z którym wszystkie współczynniki beta dla wszystkich banków krajów związkowych w uwzględnionych okresach są większe niż jeden ⁽²⁹⁾.

- (87) BdB określiło minimalne wynagrodzenie za inwestycję w kapitał zakładowy LSH w momencie wniesienia kapitału IB z dniem 31 grudnia 1990 r. w wysokości 14,85 % rocznie, zakładając podstawową stopę procentową nieobciążoną ryzykiem w wysokości 9,74 % oraz współczynnik beta dla LSH w wysokości 1,1105.

Premie i potrącenia związane ze szczególnym charakterem transakcji

- (88) BdB stwierdza, że Sąd Pierwszej Instancji potwierdził stopę, którą Komisja w decyzji 2000/392/WE odjęła od minimalnego wynagrodzenia w związku z brakiem płynności majątku Wfa. W związku z tym nie ma powodu, aby w omawianym przypadku rezygnować z tej metody; także

⁽²⁸⁾ Aby uniknąć skutków inflacji, należy za każdy okres wniesienia obliczyć stopę zwrotu dla długoterminowych obligacji państwowych, nie uwzględniając najpierw prognoz inflacyjnych. W celu obliczenia podstawowej długoterminowej stopy nieobciążonej ryzykiem, do „realnej stopy podstawowej” w przedmiotowym momencie należy dodać prognozowaną średnią, długoterminową stopę inflacji w wysokości 3,6 %.

⁽²⁹⁾ BdB przedstawił także dla celów porównawczych teoretyczne wartości beta według metody CAPM (Capital Asset Pricing Model), które jego zdaniem, nie różnią się szczególnie od wartości ustalonych empirycznie.

tutaj konieczne jest potrącenie w związku z brakiem płynności. Wysokość potrącenia za brak płynności, zgodnie z metodyką w przypadku WestLB, wynika z kosztów refinansowania netto (koszty refinansowania brutto minus odpowiedni podatek płacony przez przedsiębiorstwa).

- (89) Zdaniem BdB trzy aspekty mają wpływ na przeniesienie majątku i zwiększają ryzyko w porównaniu z „normalną inwestycją w kapitał zakładowy”: częściowo wyjątkowo wysoką wartość transferowanego majątku, brak emisji nowych udziałów w spółce i związana z tym rezygnacja z dodatkowych głosów, a także brak zamierności inwestycji, tzn. niemożność wycofania zainwestowanego kapitału z przedsiębiorstwa w wybranym przez inwestora momencie.

Baza kapitałowa oraz składniki wynagrodzenia

- (90) Wreszcie BdB podkreśliło, że obliczając odpowiednie wynagrodzenie w przypadku banku LSH, należy uwzględnić całą kwotę uznaną za kapitał podstawowy, a nie tylko jego rzeczywiste wykorzystanie. Uzasadniało to argumentem, że inwestor rynkowy nie zaakceptowałby zmniejszenia wynagrodzenia do rzeczywiście wykorzystanej kwoty. Dla inwestora prywatnego, który ponosi ryzyko swojej inwestycji, jest bez znaczenia, czy instytucja kredytowa rzeczywiście wykorzystuje wniesiony kapitał do rozszerzenia działalności. Dla niego liczy się wyłącznie to, że nie może sam pomnażać wniesionej kwoty i uzyskiwać z niej odpowiedniego zysku.

- (91) Zdaniem BdB za rezerwę celową – nieruchomości, która dotychczas nie została uznana przez BAKred za kapitał podstawowy w rozumieniu przepisów nadzoru bankowego, należne jest także wynagrodzenie w wysokości 0,3 %. Nawet jeśli powyższego majątku nie uznano za kapitał podstawowy, można zaspokoić z niej roszczenia wierzycieli banku kraju związkowego w przypadku strat, a inwestorzy oraz agencje ratingowe przyjmują za wyznacznik nie tylko kapitał podstawowy banku, lecz także ekonomiczny kapitał własny wykazany w bilansie. Prowizję za funkcję gwarancyjną, uwzględnioną przez Komisję w decyzji dotyczącej WestLB w wysokości 0,3 % rocznie, obliczoną przez nią przy pomocy porównania kwoty kapitału z poręczeniem, niniejszym także uznaje się za uzasadnioną.

VI. REAKCJA NIEMIEC NA UWAGI BDB ORAZ PONOWNE PRZEDSTAWIENIE UWAG PRZEZ NIEMCY

- (92) W uwagach z dnia 29 października 2003 r. Niemcy zaprzeczyły zarzutowi postawionemu w uwagach BdB, iż należy zapłacić wynagrodzenie również za niewykorzyst-

tany kapitał IB, który został uznany przez nadzór bankowy. Ta część kapitału IB nie przysporzyła bankowi LSH korzyści ekonomicznych, nie jest on zatem zobowiązany do uiszczenia wynagrodzenia. Dla banku nie każdy dodatkowy kapitał uznany przez nadzór bankowy stanowi automatycznie korzyść ekonomiczną. Ponadto do banku LSH nie wniesiono płynnego kapitału zakładowego, lecz masę majątkową nieposiadającą płynności, która spełniała ograniczone funkcje gwarancyjne oraz która nie umożliwiła LSH wykorzystania kapitału na cele inwestycyjno-pożyczkowe.

- (93) Następnie Niemcy zaprzeczyły zarzutowi, iż wynagrodzenie należy zapłacić także za część wniesionego kapitału nieuznaną przez nadzór bankowy (w przypadku LSH: rezerwa celowa – nieruchomości). Powyższy kapitał znajdował się w obrocie finansowym z powodu trwałego przeznaczenia celowego i nie stanowił dla LSH korzyści w postaci zwiększenia współczynnika wypłacalności. Także agencje ratingowe polegały wyłącznie na kapitale uznanym przez nadzór bankowy za kapitał podstawowy. Niemcy nie podzielały stanowiska, iż rezerwa celowa – nieruchomości z punktu widzenia nadzoru bankowego oraz wierzycieli stanowi trwałą rezerwę wartości.
- (94) Niemcy zwróciły uwagę na fakt, że kapitał IB jest najbardziej zbliżony do tzw. perpetual preferred shares, papierów wartościowych uprawniających do udziału w zysku oraz cichych udziałów.
- (95) Niemcy uważają, że poręczytele państwowi (Gewährträger) banku LSH ustalili w 1994 r. zobowiązanie do uzupełnienia kapitału stosownie do posiadanych udziałów, które zapewniało, że także w – mało prawdopodobnym – przypadku niewypłacalności banku LSH kapitał IB nie zostanie naruszony. W ten sposób inwestor banku kraju związkowego ponosi również ryzyko, za które należy się wynagrodzenie, iż wniesiony kapitał zostanie utracony wskutek ciągłych strat banku. Istniejące uzgodnienie ustalające podporządkowanie kapitału stanowi skuteczną ochronę.
- (96) Obliczenia przedstawione przez BdB dotyczące minimalnego wynagrodzenia są błędne z kilku powodów. Jest to związane z zastosowaniem niewłaściwych współczynników obliczeniowych w metodzie CAPM, nierealistycznym założeniem gwarantowanego stałego wynagrodzenia oraz niezrozumiałymi premiami i potrąceniami od wynagrodzenia.
- (97) Niemcy krytycznie oceniły metodę CAPM zastosowaną przez BdB do określenia minimalnego zysku z inwestycji w kapitał zakładowy w banku krajowym. Krytyka dotyczyła, poza stosownością metody CAPM do obliczenia oczekiwanego zysku z inwestycji, która powinna przynieść stałe wynagrodzenie, także zastosowanych wskaźników (stopa procentowa nieobciążona ryzykiem, rynkowa premia za ryzyko, wartość współczynnika beta).
- (98) Zastosowanie przez BdB rzeczywistej stopy z dnia bilansowego do ustalenia stopy procentowej nieobciążonej

ryzykiem jest wątpliwą metodą. Średnia wartość uwzględniająca możliwie najdłuższy okres byłaby lepszym rozwiązaniem. Niemcy użyły średniej arytmetycznej rocznych „total returns” indeksu REX10 performance index niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG) między lutym 1970 r. a grudniem 1990 r. i uzyskały wynik w wysokości 6,91 %.

- (99) Niemcy nie zgodziły się z rynkową premią za ryzyko przyjętą przez BdB w wysokości 4,6 % i uznały, że należy przyjąć wartość w wysokości 3,0 %.
- (100) Do ustalenia współczynnika beta dla LSH BdB wykorzystało banki tworzące indeks giełdowy CDAX, co zniekształca obraz w związku z wysoką reprezentacją pięciu największych banków kredytowych w CDAX (76 %) oraz różnicami pod względem profilu prowadzonej działalności. Przy ustalaniu współczynnika beta dla LSH powinno się raczej uwzględnić porównywalną grupę, mianowicie IKB, bank BHF oraz Vereins- und Westbank, dzięki którym uzyskano wartość współczynnika beta w wysokości 0,7894.
- (101) Niemcy uzyskały wynik minimalnego wynagrodzenia za inwestycję porównywalną do inwestycji w kapitał zakładowy w LSH (uwzględniając współczynnik beta w wysokości 0,7894, rynkową premię za ryzyko w wysokości 3 % oraz wspomnianą podstawową stopę procentową w wysokości 6,91 %) w wysokości 9,28 % na dzień 31 grudnia 1990 r.

VII. UWAGI KRAJU ZWIĄZKOWEGO NADRENIA PÓŁNOCNA-WESTFALIA ORAZ BANKU WESTLB

- (102) Kraj związkowy Północna Nadrenia-Westfalia oraz bank WestLB zaprzeczają w uwagach przekazanych przez Niemcy w dniu 30 października 2003 r., że wniesienie majątku do banków krajowych, w szczególności w przypadku LSH, można porównać z wniesieniem kapitału zakładowego. W 1991 r. w Niemczech uznawano już obligacje bezterminowe (tzw. perpetuums) oraz ciche udziały za kapitał podstawowy. Ponadto wynagrodzenie nie zależy od przepisów o nadzorze bankowym, ale od profilu ryzyka danej inwestycji. Ponieważ wniesione majątki służyły do pokrycia strat w drugiej kolejności, strukturę ryzyka można porównać raczej z cichymi udziałami lub z obligacjami bezterminowymi niż z inwestycjami w kapitał zakładowy.
- (103) Z punktu widzenia banku WestLB nie można nic zarzucić metodzie CAPM zastosowanej do obliczenia minimalnego wynagrodzenia za inwestycję w kapitał zakładowy. Jednak wartości współczynnika beta wyliczone przez BdB znacznie wyższe niż 1 są niewłaściwe. Współczynnik beta większy niż 1 oznacza, że akcje przedsiębiorstwa wiążą się z wyższym ryzykiem niż rynek jako całość. Jednak w związku z istniejącymi wtedy poręczeniami państwowymi Anstaltslast i Gewährträgerhaftung ryzyko inwestycji w bank kraju związkowego było wyraźnie niższe niż ogólne ryzyko rynkowe.

- (104) Ponadto w tym szczególnym przypadku banków krajów związkowych nie należy koncentrować się na zwrocie kapitałowym w momencie wniesienia aktywów do banków krajów związkowych. Wprawdzie prywatni inwestorzy stosują ten parametr do badania opłacalności inwestycji, ale w tym przypadku oznaczałoby to, że należy oprzeć się na zwrocie kapitałowym oczekiwanym w 1991 r. Byłoby to jednak sprzeczne z ekonomiczną rzeczywistością, gdyby w 2003 r. inwestor otrzymał zysk z kapitału w wysokości za 1991 r., który przekraczałby znacznie rzeczywisty zysk z kapitału. Schemat stałego stosowania stopy zysku w wysokości ok. 12 % stanowi nieuzasadnioną dyskryminację banków krajów związkowych w stosunku do konkurentów prywatnych.
- (105) Odnośnie do potrącenia za brak płynności wnoszonego majątku bank WestLB i kraj związkowy Północna Nadrenia-Westfalia są zdania, że od podstawowej stopy zysku z kapitału należy odjąć pełną stopę bezpiecznych obligacji państwowych. Wniesienie aktywów do banków krajów związkowych nie wiązało się dla nich z dodatkową płynnością. Pomniejszenie tej stawki o zaoszczędzony podatek nie ma ekonomicznego uzasadnienia, ponieważ ceny instrumentów rynku kapitałowego nie zależą od aktualnie obowiązujących podatków. W przeciwnym razie ceny instrumentów rynku kapitałowego zmieniłyby się w zależności od zmian podatków.
- (106) Wreszcie ryzyko, i co za tym idzie wynagrodzenie, należy pomniejszyć, ponieważ aktywa nie posiadają płynności, a więc nie są również obciążone ryzykiem jej utraty. W związku z tym należy uwzględnić odpowiednie potrącenie. Potrącenie konieczne jest również ze względu na tzw. efekt właściciela, ponieważ inwestor posiadający już udziały w przedsiębiorstwie zupełnie inaczej ocenia dodatkową inwestycję niż nowy inwestor.
- VIII. POROZUMIENIE ZAWARTE MIĘDZY BDB,
KRAJEM ZWIĄZKOWYM SZLESZWIK-HOLSZTYN ORAZ
HSH NORDBANK**
- (107) Dnia 8 października 2004 r. do Komisji wpłynęły wyniki porozumienia zawartego między głównym skarżącym BdB, krajem związkowym Szleszwik-Holsztyn oraz HSH Nordbank, który powstał z LSH i Hamburgskiego Banku Krajowego (Hamburgische Landesbank) w 2003 r. Niezależnie od nadal istniejących zasadniczych różnic w prezentowanych stanowiskach prawnych strony uzgodniły, co uznają za właściwe parametry pozwalające na określenie odpowiedniego wynagrodzenia. Strony zwróciły się do Komisji z prośbą o uwzględnienie wyników porozumienia przy podejmowaniu przez nią decyzji.
- (108) Strony określiły najpierw na podstawie metody CAPM oczekiwane minimalne wynagrodzenie za hipotetyczną inwestycję w kapitał zakładowy LSH. Według porozumienia powinno ono wynosić za majątek celowy 9,29 % rocznie. Przy obliczeniu wynagrodzenia minimalnego uwzględniono długoterminowe stopy procentowe nieobciążone ryzykiem obliczone przez banki krajowe przy zastosowaniu indeksu REX10 performance index niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG) oraz współczynniki beta wyliczone na podstawie ekspertyzy KPMG z dnia 26 maja 2004 r., której przeprowadzenie zlecił bank krajowy. LSH uzyskał podstawową stopę procentową nieobciążoną ryzykiem w wysokości 6,61 % w momencie wniesienia kapitału dnia 31 grudnia 1990 r. Współczynnik beta oznaczono na podstawie ekspertyzy KPMG w wysokości 0,670. Rynkową premię za ryzyko określono w wysokości 4 % (jednolita dla wszystkich banków krajowych).
- (109) Następnie ustalono zmniejszenie wynagrodzenia z powodu braku płynności kapitału. Ponownie założono przy tym stopę procentową nieobciążoną ryzykiem w wysokości 6,61 % jako koszt refinansowania brutto. Dla określenia kosztów refinansowania netto zryczałtowano obciążenie podatkowe LSH w momencie wniesienia majątku do wysokości 50 %, co daje potrącenie wynagrodzenia związane z brakiem płynności w wysokości 3,31 %.
- (110) Ostatecznie wynagrodzenie zostaje zwiększone o 0,3 % z powodu braku emisji praw do głosu.
- (111) Odpowiednie wynagrodzenie za majątek celowy wynosi łącznie 6,28 % rocznie po opodatkowaniu za tę część majątku celowego, którą bank LSH może wykorzystać na działalność komercyjną. Powyższe wynagrodzenie jest płatne od końca miesiąca, w którym uznano kapitał podstawowy (31 sierpnia 1991 r.).
- (112) Zgodnie z porozumieniem element pomocy stanowi różnica między wynagrodzeniem rzeczywiście zapłaconym przez LSH oraz wynagrodzeniem ustalonym jako odpowiednie w wysokości 6,28 %, którą HSH Nordbank musi zwrócić.
- (113) Strony ustaliły ponadto prowizję za awal w wysokości 0,3 %, płatną zarówno od kapitału obowiązkowego wykorzystanego przez IB, jak i od rezerwy celowej – nieruchomości. Ponadto HSH Nordbank nie zaprzeczył, że prowizja za awal jest należna również za okres od wniesienia kapitału do końca miesiąca uznania za kapitał podstawowy przez BAKred (1 stycznia 1991 r. – 30 sierpnia 1991 r.) w wysokości 0,3 % od kwoty wykazanej w bilansie w wysokości 1 306,05 mln DEM.
- (114) Pierwszy raz w trakcie negocjacji porozumienia zwrócono uwagę, że poza już uwzględnionym wynagrodzeniem za kapitał IB, krajowi związkowemu Szleszwik-Holsztyn wypłacono także dodatkowy element wynagrodzenia, mianowicie nadwyżkę roczną IB. Podstawę prawną powyższego wypłacenia stanowi § 17 ust. 2 IBG (wersja z 1990 r.) lub § 19 ust. 2 IBG (wersja z 1998 r.). Na mocy powyższej ustawy wypłacono krajowi związkowemu nadwyżkę roczną rezerwy celowej IB (każdorazowo na podstawie odpowiedniej uchwały o wypłacie dywidendy podjętej przez organy LB). Zgodnie z regulacjami zawartymi w odpowiednich ustawach budżetowych kraju związkowego Szleszwik-Holsztyn powyższe płatności zostały przeznaczone na cele IB, a więc na rzecz zadań wspierających kraju związkowego i zostały ponownie wniesione do majątku IB. Dzięki takiej procedurze uwzględniono uprawnienia Landtagu do decydowania o budżecie, ponieważ to parlament, a nie władza wykonawcza mógł podjąć decyzję dotyczące powyższych środków. Powyższa procedura wykorzystywała strategię ekonomiczną polegającą na wypłacie dywidendy i jej ponownym wniesieniu, a podatek

od dywidendy mógł być zaliczony na podatek od dochodów osobistych (Anrechnungsverfahren).

(115) Powyższy obieg przerwano przy pomocy zniesienia na mocy kilku (pojedynczych) ustaw towarzyszących ustawom budżetowym przeznaczenia celowego każdorazowej nadwyżki rocznej. W powyższych przypadkach nie doszło do ponownego wniesienia wypłaconych środków do banku IB. Z powodu zniesienia przeznaczenia celowego kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn dysponował w pełni

w powyższych latach wypłaconą nadwyżką na finansowanie wydatków z budżetu kraju związkowego. Należy przy tym zwrócić uwagę, że kwoty wypłaconej dywidendy, których na mocy powyższych uregulowań nie wniesiono ponownie do IB, lecz w całości pozostawiono krajowi związkowemu Szlezwik-Holsztyn, stanowiły zdecydowanie największą część omawianych tu kwot wypłaconej dywidendy.

(116) Poniższa tabela przedstawia wypłaty dywidend IB na rzecz kraju związkowego:

Tabela 3

Wypłaty dywidendy IB na rzecz kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn (w mln DEM)

w mln. DEM

	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Wypłaty dywidend IB na rzecz kraju związkowego	0,0	0,0	1,1	2,6	1,5	2,5	3,5	47,5	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(117) Należy odpowiednio uwzględnić te wypłaty nadwyżki rocznej przy obliczaniu elementu pomocy, co strony porozumienia uczyniły w przeprowadzonych obliczeniach.

instytucjami kredytowymi. LSH otrzymało w ten sposób bez wątpienia zasoby państwowe.

IX. OCENA ŚRODKÓW

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

(118) Zgodnie z art. 87 ust. 1 Traktatu WE, o ile postanowienia Traktat WE nie stanowią inaczej, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna ze wspólnym rynkiem w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.

1.1. ZASOBY PAŃSTWOWE

(119) Kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn zdecydował się na przeprowadzenie powyżej opisanego przeniesienia majątku, aby podwyższyć kapitał w drodze wniesienia majątku WKA i WAK oraz nieruchomości do banku LSH w celu wzmocnienia jego bazy kapitałowej. Niezależnie od faktu, że LSH nie mógł korzystać z przeniesionych środków bez ograniczeń z powodu przeznaczenia celowego rezerwy na rzecz zadań wspierających, majątek został uznany przez nadzór bankowy i mógł być wykorzystany na cele gwarancyjne przez bank LSH konkurujący z innymi

1.2. SPRZYJANIE OKREŚLONEMU PRZEDSIĘBIORSTWU

(120) Badając, czy przeniesienie zasobów państwowych do przedsiębiorstwa publicznego oznacza sprzyjanie mu, oraz czy stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE, Komisja stosuje zasadę „inwestora rynkowego”. Trybunał Sprawiedliwości oraz Sąd Pierwszej Instancji zaakceptował i rozwinął tę zasadę w szeregu spraw, a w szczególności w wyroku Sądu Pierwszej Instancji z dnia 6 marca 2003 r. w sprawie WestLB, który ma znaczenie dla tego przypadku⁽³⁰⁾.

a) Zasada inwestora rynkowego

(121) Zgodnie z tą zasadą, nie stanowi sprzyjania określonemu przedsiębiorstwu udostępnienie zasobów kapitałowych na warunkach, „na których prywatny inwestor, działający w normalnych warunkach rynkowych, byłby skłonny do wniesienia środków do przedsiębiorstwa prywatnego”⁽³¹⁾. W przeciwieństwie do tego, że sprzyjaniem w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE mamy do czynienia, jeżeli uzgodnione wynagrodzenie i/lub stan finansów przedsiębiorstwa nie pozwalają oczekiwać normalnego zysku z kapitału w odpowiednim terminie.

(122) Zasada inwestora rynkowego ma zastosowanie niezależnie od faktu, że bank LSH w momencie wniesienia majątku celowego był przedsiębiorstwem rentownym. Fakt dotychczasowego stosowania powyższej zasady wyłącznie w przy-

⁽³⁰⁾ Komunikat Komisji do Państw Członkowskich: Stosowanie art. 92 i 93 Traktatu WE oraz art. 5 dyrektywy Komisji 80/723/EWG wobec przedsiębiorstw publicznych w przemyśle przetwórczym, Dz. U. C 307 z 13.11.1993, str. 3, patrz pkt 11. Wprawdzie tematem powyższego komunikatu jest wyłącznie przemysł przetwórczy, jednakże zasada ma zastosowanie bez wątpienia także dla wszystkich pozostałych gałęzi przemysłu. Jeśli chodzi o świadczenia finansowe, powyższe zostało podkreślone w kilku decyzjach Komisji, np. w sprawie Crédit Lyonnais (Dz.U. L 221 z 8.8.1998, str. 28) oraz GAN (Dz.U. L 78 z 16.3.1998, str. 1).

⁽³⁰⁾ Patrz przypis 4.

padku przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji, nie ogranicza jej stosowania do tej kategorii przedsiębiorstw.

(123) Nie istnieje reguła, zgodnie z którą w przypadku przedsiębiorstwa rentownego nie może dojść do zaistnienia elementów pomocy państwa w momencie wniesienia kapitału. Nawet jeśli przedsiębiorstwo przynosi zyski, inwestor rynkowy mógłby zrezygnować z (dalszego) wniesienia kapitału, jeśli nie może spodziewać się odpowiedniego zysku z zainwestowanego kapitału (w formie dywidend lub wzrostu wartości). Jeśli przedsiębiorstwo nie wypłacałoby oczekiwanego zysku w momencie inwestycji, inwestor rynkowy zażądałby podjęcia działań prowadzących do podwyższenia zysku. Zasadę inwestora rynkowego należy zatem stosować w ten sam sposób w przypadku wszystkich przedsiębiorstw państwowych, niezależnie od faktu przynoszenia zysku lub strat. Stanowisko Komisji potwierdził Sąd Pierwszej Instancji w wyroku dotyczącym banku WestLB ⁽³²⁾.

(124) Zatem podstawową kwestią podlegającą badaniu jest pytanie, czy inwestor rynkowy dokonałby transferu kapitału o takich samych cechach jak majątek celowy oraz nieruchomości kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn na takich samych warunkach, szczególnie uwzględniając przewidziany zysk z inwestycji.

(125) Szczególnie ważne było zdaniem Niemiec połączenie całości działań wspierających kraju związkowego i ich kontynuacja w sposób bardziej ekonomiczny i wydajny, ponadto optymalizacja doradztwa i realizacji działań wspierających oraz stworzenie uwarunkowań do elastycznego wykorzystania środków. Z powyższą reorganizacją związane było podwyższenie kapitału własnego LSH, które w związku ze spodziewaną zmianą wymagań dotyczących wypłacalności przyczyniło się do długoterminowego zapewnienia zdolności do rozszerzania działalności przez LSH. Kraj związkowy zamierzał ponadto zasadniczo przeorientować zarządzanie własnymi nieruchomościami oraz nieruchomościami użytkowymi przez różne oddziały i instytucje kraju związkowego, mając na celu zredukowanie małego wydajnych działań.

(126) Inwestor rynkowy sprawdzi również w sytuacji, gdy posiada już udziały w danym przedsiębiorstwie, inne możliwości inwestycyjne poza danym przedsiębiorstwem. Z reguły podejmie on decyzję o zainwestowaniu dodatkowych środków w przedsiębiorstwo publiczne tylko w tym wypadku, jeśli będzie mógł oczekiwać w zamian za dodatkowe środki odpowiedniego zysku. Oceniając, czy wniesienie kapitału stanowi pomoc państwa, nie należy zasadniczo uwzględniać długoterminowej prognozy zysku udziałowca lub kwestii wydajności i synergii. Zamiast tego należy zbadać wniesienie kapitału przez udziałowca – niezależnie od motywów, którymi się on kieruje – w kontekście, czy inwestor może liczyć na normalny zysk za dodatkowe wniesione środki w odpowiednim okresie.

(127) Sąd Pierwszej Instancji nie zakwestionował powyższej wykładni zasady inwestora rynkowego, którą Komisja przedstawiła już w decyzji 2000/392/WE ⁽³³⁾. Sąd zastosował to samo podejście, że prywatnemu inwestorowi, który posiada już udziały w przedsiębiorstwie, nie wystarczyłby fakt, iż dana inwestycja nie przynosi strat lub też przynosi tylko ograniczone zyski. Raczej brałby on zawsze pod uwagę odpowiedni zysk z inwestycji w zależności od okoliczności oraz od swoich krótko-, średnio- i długoterminowych interesów ⁽³⁴⁾.

(128) Z punktu widzenia „zasady inwestora rynkowego” pojawia się główne pytanie, czy inwestor rynkowy udostępniłby na takich samych warunkach kapitał charakteryzujący się takimi samymi szczególnymi cechami co majątek celowy kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn, szczególnie w odniesieniu do prawdopodobnego zysku z inwestycji.

b) **Artykuł 295 Traktatu WE**

(129) Zgodnie z art. 295 Traktatu WE zasady prawa własności obowiązujące w poszczególnych Państwach Członkowskich pozostają bez zmian. Nie usprawiedliwia to jednakże naruszania reguł konkurencji określonych w Traktacie.

(130) Niemcy podkreślają w związku z toczącymi się postępowaniami w sprawie banków krajów związkowych, że przeniesionych środków nie można było spożytkować w inny, bardziej rentowny sposób niż poprzez wniesienie do podobnej instytucji publicznej. Dlatego też przeniesienie stanowiło komercyjnie najrozsądniejsze zaangażowanie majątku. Każde wynagrodzenie za przeniesienie, tzn. każdy dodatkowy zysk z kapitału, byłby wystarczający, aby uzasadnić transfer z punktu widzenia „zasady inwestora rynkowego”.

(131) Powyższej argumentacji nie można przyjąć. Możliwe, że wniesienie majątku celowego do LSH i wynikająca z tego możliwość dla banku wykorzystania części kapitału, aby spełnić kryteria wypłacalności, były ekonomicznie najbardziej sensownym wykorzystaniem kapitału. Jeżeli jednak środki publiczne oraz inne aktywa zostają użyte na działalność komercyjną, mającą na celu sprostanie konkurencji, należy stosować do nich reguły rynkowe. Oznacza to, że jeżeli państwo zdecyduje o przeznaczeniu określonego majątku (także) na cele komercyjne, powinno wymagać wynagrodzenia, które odpowiada wynagrodzeniu rynkowemu.

c) **Brak zmiany struktury własnościowej**

(132) Sposobem na zagwarantowanie inwestorowi rynkowemu banku wynagrodzenia rynkowego jest przyznanie mu odpowiedniego udziału w zyskach oraz we wzroście wartości banku. Może do tego dojść dzięki zmianie udziałów odpowiednio do wniesionego kapitału. W ten sposób inwestor może partycypować odpowiednio w dywidendach oraz możliwym wzroście wartości w wyniku

⁽³²⁾ Patrz przypis 4 pkt 206 i nast.

⁽³³⁾ Patrz przypis 3 pkt 161 i nast.

⁽³⁴⁾ Patrz przypis 4, pkt 241, 314.

większych możliwości zysku. Sposobem na zagwarantowanie odpowiedniego zysku z udostępnionego kapitału byłoby odpowiednie podwyższenie udziału kraju związkowego w banku LSH, pod warunkiem że rentowność banku odpowiada zwykłemu zyskowi, którego oczekiwali inwestorzy rynkowi ze swojej inwestycji. W ten sposób odpowiedź na pytanie, czy ustalone wynagrodzenie jest odpowiednie za część kapitału w rzeczywistości wykorzystaną na zabezpieczenie działalności konkurencyjnej jest zbędna. Kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn nie zdecydował się jednak na taki krok.

(133) Niemcy uważają, że z punktu widzenia przepisów dotyczących pomocy państwa nie ma znaczenia, w jaki sposób kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn uzyskał od LSH wynagrodzenie za wniesiony kapitał IB, ponieważ wniesienie kapitału nie musi być koniecznie związane z nabyciem udziałów w zysku i praw do głosu. Ponadto należy uwzględnić, że dzięki wniesieniu kapitału IB do LSH kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn mógł uzyskać wyższą cenę za udziały, które WestLB i Bank Kraju Związkowego Badenia-Wirtembergia posiadały w LSH, niż cenę, którą uzyskano by bez powyższego transferu.

(134) Jeśli zmiana stosunków udziałowych nie jest możliwa, to, zdaniem Komisji, inwestor rynkowy zdecydowałby się na inwestycję tylko wtedy, jeśli uzgodniono by przynajmniej odpowiednie wynagrodzenie bezpośrednie. Inwestor rynkowy nie usatysfakcjonuje zwykle fakt uniknięcia strat lub uzyskanie ograniczonego zysku z inwestycji, lecz stara się on raczej maksymalizować zysk ze swojego majątku, uwzględniając okoliczności oraz swoje interesy⁽³⁵⁾. Prywatny inwestor, posiadający już udziały w uprzywilejowanym przedsiębiorstwie, będzie nalegał na zmianę stosunków udziałowych lub na odpowiednie stałe wynagrodzenie. W przeciwnym razie zrezygnowałby on z części dodatkowo wypracowanego zysku dzięki wniesieniu kapitału, ponieważ także inni udziałowcy uzyskaliby korzyści z wyższych dywidend oraz wzrostu wartości przedsiębiorstwa, nie ponosząc przy tym kosztów.

(135) Nie można zatem stwierdzić, że inwestor rynkowy zrezygnowałby z odpowiedniego wynagrodzenia bezpośredniego w sytuacji porównywalnej z przeniesieniem majątku celowego do LSH, w której nie można było zmienić stosunków udziałowych, a drugi udziałowiec posiadający połowę udziałów nie wniósł odpowiedniego kapitału w bezpośrednim związku z przeniesieniem.

d) *Baza kapitałowa do obliczenia wynagrodzenia*

(136) Zgodnie z postępowaniem w sprawie banku WestLB Komisja określa odpowiednie wynagrodzenie za wniesiony majątek funduszu celowego oraz za rezerwę celową – nieruchomości uwzględniając możliwość wykorzystania tego majątku przez bank LSH na cele komercyjne. Komisja rozróżnia między tzw. funkcją rozszerzenia działalności a (zwykłą) funkcją gwarancyjną majątku funduszu udostępnionego jako kapitał własny na potrzeby komercyjnej działalności instytucji kredytowej.

(137) Pod pojęciem funkcji rozszerzenia działalności, którą spełnia kapitał, należy rozumieć rozszerzenie potencjału transakcyjnego przez aktywa obciążone ryzykiem w wyniku uznania przez nadzór bankowy dodatkowego kapitału własnego banku. Punktem odniesienia dla określenia wynagrodzenia zgodnego z zasadami rynkowymi, jest wynagrodzenie, którego zażądałby prywatny inwestor udostępniający bankowi kapitał własny. O ile udostępniony kapitał został ujęty w bilansie jako kapitał własny, ale przez nadzór bankowy nie został uznany za kapitał podstawowy albo jest przeznaczony na działalność wspierającą, albo z innych powodów nie może być wykorzystany na pokrycie działalności komercyjnej, nie można go wykorzystywać do rozszerzenia działalności. Jednak kapitał ma znaczenie nie tylko z punktu widzenia nadzoru bankowego. Ponieważ gwarantuje on przynajmniej należności wierzycieli instytucji kredytowej (tzw. funkcja gwarancyjna), jego funkcję ekonomiczną można porównać z poręczeniem lub gwarancją. Wysokość kapitału własnego ujętego w bilansie informuje inwestorów o wypłacalności banku i w związku z tym może wpływać na warunki, na których bank pozyskuje kapitał obcy. Rynkowe wynagrodzenie za tzw. funkcję gwarancyjną kapitału opiera się na wynagrodzeniu, którego w tej konkretnej sytuacji zażądałby prywatny gwarant od instytucji kredytowej o porównywalnej wielkości i profilu ryzyka jak bank LSH.

(138) Kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn przeniósł z dniem 1 stycznia 1991 r. kapitał IB do LSH, wynoszący po ostatecznym badaniu 1 306 mln DEM. Wniesiony kapitał IB zwiększał się corocznie i osiągnął w 2003 r. wartość 1 967,6 mln DEM.

(139) Kraj związkowy przeniósł z dniem bilansowym 31 grudnia 1999 r. rezerwę celową – nieruchomości do LSH, co doprowadziło do podwyższenia ujętego w bilansie kapitału własnego o [...] mln DEM. Po dwóch kolejnych transferach rezerwa celowa wynosiła na dzień 31 grudnia 2002 r. łącznie [...] mln DEM.

(140) BAKred uznawał corocznie przeniesiony kapitał IB w całości jako dodatkowy kapitał podstawowy⁽³⁶⁾. LSH nie mógł jednakże dysponować nim w całości na zabezpieczenie własnej działalności komercyjnej. Podobnie jak w sprawie WestLB, rezerwa celowa została częściowo przeznaczona na zadania wspierające banku IB. Ta część rezerwy celowej nie mogła zostać przeznaczona na rozszerzenie działalności komercyjnej banku, jednakże spełniała funkcję gwarancyjną dla banku LSH. Taka sama sytuacja wystąpiła w przypadku rezerwy celowej – nieruchomości, nieuznanej przez BAKred za kapitał podstawowy, lecz spełniającej funkcję gwarancyjną dla banku.

(141) Komisja jest zdania, iż do obliczenia odpowiedniego wynagrodzenia nie ma znaczenia, do jakiej wielkości udostępniony kapitał został w rzeczywistości wykorzystany. Miarodajna jest wyłącznie możliwość wykorzystania kapitału do rozszerzenia działalności. Prywatny inwestor nie byłby usatysfakcjonowany uzależnieniem wynagrodze-

⁽³⁵⁾ Patrz przypis 4, nr 320, 335.

⁽³⁶⁾ Niniejszy przypadek różni się od sprawy WestLB tym, że tylko część wartości gotówkowej Instytucji Wspierającej Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego (Wfa), określonej i wykazanej w bilansie jako środki własne, została uznana w rozumieniu przepisów nadzoru bankowego za kapitał własny.

nia od wykorzystania kapitału. Komisja jest podobnego zdania co BdB, które zwraca uwagę, iż dla inwestora, który ponosi ryzyko utraty zainwestowanego kapitału oraz działa na zasadach rynkowych nie ma szczególnego znaczenia fakt, czy instytucja kredytowa rzeczywiście wykorzystwała wniesiony kapitał do rozszerzenia działalności. BdB stwierdza ponadto słusznie, że dla inwestora rynkowego decydujące znaczenie ma fakt, że sam nie może już gospodarować wniesionym kapitałem, w związku z czym nie może generować odpowiednich zysków. W kwestii określenia odpowiedniej bazy kapitałowej nie ma też znaczenia, że LSH w pełni wykorzystał udostępniony kapitał wyłącznie w latach od 1999 do 2003.

(142) Ponadto należy zwrócić uwagę na fakt, że miarodajnym momentem, dla którego należy obliczyć wynagrodzenie za funkcję rozszerzenia działalności, jest moment uznania rezerwy celowej za kapitał podstawowy przez BAKred w rozumieniu przepisów nadzoru bankowego. Dopiero od tego momentu, zgodnie z informacją przekazaną przez Niemcy, kapitał można było wykorzystać w celu zabezpieczenia aktywów obciążonych ryzykiem.

(143) Jeśli jednakże kapitał został już wcześniej wykazany w bilansie jako środki własne, posiadał on przynajmniej funkcję gwarancyjną, jak wyjaśniono powyżej. To samo dotyczy kwoty wykorzystanej przez samo IB oraz na potrzeby rezerwy celowej – nieruchomości. Powyższe należy uwzględnić przy obliczaniu odpowiedniego wynagrodzenia.

e) **Porównanie z innymi instrumentami kapitału własnego**

(144) Jak już wspomniano, postawą obliczenia wynagrodzenia rynkowego jest wynagrodzenie, którego zażądałby inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej, udostępniający bankowi kapitał własny.

(145) Nie pozostawia żadnych wątpliwości fakt, że nie jest możliwe bezpośrednie porównanie majątku celowego przeniesionego do LSH z innymi transakcjami. Jeśli nawet powyższa transakcja pod pewnymi aspektami jest podobna do niektórych instrumentów, to istnieje tak wiele różnic w stosunku do każdego instrumentu, że jakiegokolwiek porównanie może obowiązywać tylko w zawężonym zakresie. Dlatego też odpowiednie wynagrodzenie można również w tym przypadku obliczyć zgodnie z metodą wykorzystaną w sprawie WestLB⁽³⁷⁾, porównując transfer majątku do innych rynkowych instrumentów kapitału własnego i znajdując najbardziej podobny instrument, który będzie wyznacznikiem dla obliczanego wynagrodzenia.

(146) Zdaniem głównego skarżącego majątek rezerwy celowej można porównać wyłącznie z kapitałem zakładowym. Federalny Urząd Nadzoru Bankowości uznał rezerwę celową za kapitał podstawowy (kapitał „pierwszej kategorii”) i dlatego można porównać ją wyłącznie z takimi instrumentami kapitału własnego, które uznane były w Niemczech w roku transferu za kapitał podstawowy. Niemcy uważają natomiast, że porównanie poszczególnych instrumentów kapitału własnego służy jedynie określeniu najbardziej podobnego profilu ryzyka (i na tej podstawie zakresu wynagrodzenia) z punktu widzenia inwestora. Zgodnie z tym kapitał wykazuje największe podobieństwo do tzw. perpetual preferred shares, papierów wartościowych uprawniających do udziału w zyskach i do cichych udziałów.

(147) Należy zwrócić uwagę, że instrumenty przywoływane przez Niemcy dla celów porównawczych stanowią dla banku z reguły tylko bardzo ograniczoną część środków własnych. Są to instrumenty, które uzupełniają „podstawowy kapitał własny”, składający się przede wszystkim z kapitału akcyjnego i otwartych rezerw. Dzięki wniesieniu majątku celowego środki własne LSH dla celów określenia współczynnika wypłacalności zostały prawie potrojone. Nawet jeśli uwzględni się jedynie podwyższenie kwoty, którą LSH mógł wykorzystać na zabezpieczenie prowadzonej działalności, nadal oznacza to podwyższenie środków własnych o ponad 50 %. BdB stwierdza, że pozostałe wspomniane instrumenty uwzględniano zwykle tylko w nieznacznym stopniu. Żaden z instrumentów porównawczych nie wystarczyłby do podwyższenia kapitału LSH w podobny sposób i trwale.

(148) W powyższym kontekście należy także zwrócić uwagę, że względnie szeroki wachlarz innowacyjnych instrumentów kapitału własnego służących jako podstawowe i uzupełniające środki własne, który był dostępny dla instytucji kredytowych wielu krajów, nie istniał w Niemczech w momencie przeniesienia IB do LSH w 1991 r. ani w 1993 r., kiedy LSH musiał sprostać wchodzącym w życie wyższym wymogom kapitałowym. Niektóre ze wspomnianych instrumentów zostały wprowadzone w międzyczasie, inne już istniały, nie były jednak uznawane w Niemczech. W praktyce instrumentami dostępnymi i stosowanymi były wówczas papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach oraz zobowiązania podporządkowane (oba to uzupełniające środki własne, drugi z wymienionych instrumentów uznano dopiero od 1993 r.). Dlatego porównanie kapitału IB z podobnymi instrumentami innowacyjnymi, z których większość została stworzona dopiero później, a część była dostępna tylko w innych krajach, nie jest przekonujące.

(149) Jeśli chodzi o oba instrumenty kapitału własnego, które ogrywają centralną rolę w porównaniu podjętym przez Niemcy jako najbliższe wskaźniki, mianowicie tzw. perpetual preferred shares i papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach, należy zwrócić uwagę na kilka podstawowych kwestii. Perpetual preferred shares klasyfikowane są w innych krajach jako kapitał podstawowy, lecz w Niemczech nadal nie są one uznawane za tego rodzaju kapitał. Papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach zalicza się jedynie do uzupełniających środków własnych, natomiast kapitał IB wykazuje jakość kapitału podstawowego. Z wymienionego powodu kapitał IB jest dużo bardziej użyteczny dla LSH, ponieważ dzięki niemu bank może pozyskać uzupełniające środki własne (np.

⁽³⁷⁾ Patrz przypis 3 pkt 19.

papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach) w tej samej wysokości i rozszerzyć kapitał podstawowy. Jeśli po upływie lat przynoszących straty nastąpią znów lata przynoszące zyski, wówczas najpierw uzupełniono by do wartości nominalnej papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach, a dopiero później kapitał IB. Kapitał IB udostępniono ponadto LSH bez ograniczeń czasowych, podczas gdy papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach zwykle emitowane są na dziesięć lat. Znaczna wielkość wniesionego kapitału jest w przypadku papierów wartościowych uprawniających do udziału w zyskach nietypowa, przy czym należy również uwzględnić kolejność w razie strat. Udział majątku IB jest relatywnie duży, więc przy większych stratach zostanie dość szybko wykorzystany.

(150) Uwzględniając powyższe powody, Komisja uważa, że przedstawione przez Niemcy porównanie z innowacyjnymi instrumentami kapitału własnego nie jest właściwe z powodu szczególnego charakteru majątku IB i nie może stanowić podstawy określenia właściwego wynagrodzenia za kapitał IB. W porozumieniu z dnia 8 października 2004 r. strony również doszły do wniosku, iż omawiana transakcja wykazuje raczej podobieństwo do wniesienia kapitału zakładowego.

(151) Komisja przychyliła się ponadto do opinii BdB, że uzgodnienie o podporządkowaniu kapitału znajdujące się w umowie głównej zawartej między udziałowcami LSH, na podstawie którego kapitał IB zostanie wykorzystany dopiero w drugiej kolejności po pozostałym kapitale własnym LSH, nie zmniejsza ryzyka inwestora. Wniesiony kapitał stanowił znaczną część całego kapitału podstawowego i istnieje duże prawdopodobieństwo, iż kapitał zostanie przynajmniej częściowo wykorzystany w przypadku strat.

f) Koszty płynności

(152) W zasadzie zrozumiała jest argumentacja LSH dotycząca kosztów płynności. „Zwykłe” wniesienie kapitału do banku powoduje zarówno poprawę płynności, jak i zwiększenie kapitału podstawowego, który jest konieczny do rozszerzenia działalności komercyjnej w rozumieniu przepisów o nadzorze bankowym. Aby w pełni wykorzystać kapitał, tzn. rozszerzyć aktywa ważne 100 % ryzykiem o wskaźnik 12,5 (tzn. 100 podzielone przez współczynnik wypłacalności w wysokości 8 %), bank musi dokonać 11,5-krotnego refinansowania na rynkach finansowych. Mówiąc prościej, różnica między 12,5 razy otrzymanymi i 11,5 razy zapłaconymi odsetkami z tego kapitału po potrąceniu pozostałych kosztów banku (np. kosztów administracyjnych) daje zysk z kapitału własnego. ⁽³⁸⁾ Majątek celowy nie zwiększa początkowo płynności LSH, ponieważ wniesiony majątek oraz cały uzyskany z niego zysk przeznaczono ustawowo na zadania wspierające rozwój gospodarki oraz budownictwa mieszkaniowego, dlatego LSH ponosi dodatkowe koszty finansowania w wysokości kwoty kapitałowej,

jeśli pobiera z rynków finansowych środki konieczne do pełnego wykorzystania możliwości transakcyjnych, których przysporzył mu dodatkowy kapitał własny, tzn. do rozszerzenia aktywów ważonych ryzykiem o 12,5-krotność kwoty kapitału (lub do utrzymania istniejących aktywów w takiej wysokości.) ⁽³⁹⁾ Z powodu powyższych kosztów dodatkowych, które nie powstałyby w przypadku wniesienia płynnego kapitału własnego, należy w celu określenia właściwego wynagrodzenia ustalić odpowiednie potrącenie. Inwestor rynkowy nie może oczekiwać, że otrzyma takie samo wynagrodzenie jak za kapitał wniesiony w gotówce.

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

g) Odpowiednie wynagrodzenie

Odpowiednie wynagrodzenie za kwotę stanowiącą zabezpieczenie działalności komercyjnej

(154) Odpowiednie wynagrodzenie za kwotę wykorzystaną na działalność komercyjną można bez wątpienia określić w różny sposób. Wszystkie sposoby obliczenia wynagrodzenia za udostępniony kapitał zakładowy opierają się na takich samych zasadach. Posługując się tymi zasadami Komisja przeprowadziła obliczenia w dwóch etapach: najpierw obliczono wynagrodzenie minimalne, którego inwestor może oczekiwać za (hipotetyczną) inwestycję w kapitał zakładowy w LSH. Następnie sprawdzono, czy z powodu szczególnych cech kwestionowanej transakcji na rynku ustalono by narzuty lub potrącenia i czy Komisja może w danej sytuacji przeprowadzić odpowiednią rzetelną kwantyfikację.

Obliczenie oczekiwanego minimalnego wynagrodzenia za inwestycję w kapitał zakładowy LSH

(155) Oczekiwany zysk z inwestycji oraz ryzyko inwestycji stanowią podstawowe czynniki wpływające na decyzję inwestora rynkowego. Aby określić wysokość obu czynników, inwestor uwzględni wszystkie dostępne informacje o firmie i rynku. Opiera się on na historycznych danych dotyczących średniego zysku z kapitału, które także dają ogólne wyobrażenie o przyszłej wydajności przedsiębiorstwa, a także między innymi na analizie aktualnego modelu

⁽³⁸⁾ W rzeczywistości sytuacja jest dużo bardziej skomplikowana, np. z powodu pozycji pozabilansowych, różnego stopnia ważenia ryzyka aktywów i pozycji o zerowym stopniu ryzyka. Sens argumentacji nie zostaje jednak naruszony.

⁽³⁹⁾ Sytuacja nie zmienia się, jeśli weźmie się pod uwagę możliwość pozyskania kapitału uzupełniającego do wysokości kapitału podstawowego (współczynnik 25 zamiast 12,5 dla kapitału podstawowego).

działania przedsiębiorstwa, strategii i jakości zarządzania oraz odnośnych prognozach dotyczących danej branży.

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

(157) Aby obliczyć odpowiednie najniższe wynagrodzenie, można użyć różnych metod, począwszy od najróżniejszych wariantów metody finansowej do metody CAPM. Przy przedstawieniu różnych rozwiązań należy rozróżnić dwa składniki, zysk nieobciążony ryzykiem oraz premię za ryzyko w przypadku danego projektu:

$$\begin{aligned} & \text{odpowiedni zysk minimalny inwestycji obciążonej ryzykiem} \\ & = \\ & \text{podstawowa stopa procentowa nieobciążona ryzykiem} + \\ & \text{premia za ryzyko inwestycyjne} \end{aligned}$$

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

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

- Podejście finansowe: Oczekiwany przez inwestora zysk z kapitału własnego stanowi z punktu widzenia banku wykorzystującego kapitał przyszłe koszty finansowania. Przy tym podejściu określone są najpierw historyczne koszty kapitału własnego, które ponoszą banki porównywalne z opisywanym bankiem. Średnia arytmetyczna historycznych kosztów kapitału zostaje następnie porównana z przyszłymi, oczekiwanymi kosztami kapitału własnego, a w ten sposób z zyskiem z kapitału oczekiwanym przez inwestora.
- Podejście finansowe ze skumulowanym rocznym wzrostem (compound annual growth rate): Centralnym punktem tego podejścia jest zastosowanie średniej geometrycznej zamiast arytmetycznej.

— Metoda wyceny aktywów kapitałowych (capital asset pricing model – CAPM): W nowoczesnych finansach metodą najbardziej znaną i najczęściej testowaną jest CAPM. Przy pomocy tej metody można określić zysk z kapitału oczekiwany przez inwestora przy pomocy następującego wzoru:

$$\begin{aligned} & \text{minimalny zysk} \\ & = \\ & \text{podstawowa stopa procentowa nieobciążona ryzykiem} + (\text{premia rynkowa za ryzyko} \times \text{beta}) \end{aligned}$$

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

CAPM jest główną metodą obliczenia zysków inwestycyjnych w przypadku dużych przedsiębiorstw notowanych na giełdzie. LSH nie jest przedsiębiorstwem notowanym na giełdzie, dlatego nie można bezpośrednio wyliczyć wartości beta. Zastosowanie metody CAPM jest możliwe wyłącznie na podstawie orientacyjnego współczynnika beta.

(159) W uwagach z dnia 29 lipca 2003 r. BdB przedstawiło oczekiwane minimalne wynagrodzenie za inwestycję w kapitał zakładowy LSH w momencie wniesienia majątku na dzień 31 grudnia 1990 r., obliczone przy zastosowaniu metody CAPM, w wysokości 14,85 % rocznie. Niemcy wyraziły zasadnicze wątpliwości co do zastosowania metody CAPM. Ich zdaniem BdB założyło zawyżony współczynnik beta i błędnie określiło podstawową stopę procentową nieobciążoną ryzykiem. Rynkowa premia za ryzyko w wysokości 4,6 % jest również zbyt wysoka. Gdyby BdB przyjęło poprawne założenia, otrzymałoby przy pomocy metody CAPM zdecydowanie niższą wartość minimalnego wynagrodzenia za hipotetyczną inwestycję w kapitał zakładowy LSH. Kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn, HSH Nordbank oraz BdB w porozumieniu o odpowiednim rynkowym wynagrodzeniu stwierdziły, że odpowiednie minimalne wynagrodzenie wynosi 9,29 %.

(160) Strony porozumienia zastosowały w swoich obliczeniach metodę CAPM. Przyjęły podstawową stopę procentową nieobciążoną ryzykiem w wysokości 6,61 %. Określając powyższą stopę procentową, założono, że majątek celowy LSH został udostępniony trwale. Strony nie zastosowały zatem zysku nieobciążonego ryzykiem z inwestycji o określonym czasie trwania (np. zysk z dziesięcioletnich obligacji państwowych) obserwowanego na rynku w dniu wniesienia kapitału na dzień bilansowy, gdyż takie spojrzenie pomijałoby ryzyko reinwestycji, tzn. ryzyko braku możliwości ponownego zainwestowania po upływie okresu inwestycji w wysokości stopy procentowej nieobciążonej ryzykiem. Zdaniem stron najlepiej uwzględnić się ryzyko inwestycji, jeśli jako podstawę przyjmie się „total return index”. Z tego powodu strony oparły się na indeksie niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG) REX10 performance index, który odzwierciedla zachowanie inwestycji w obligacje federalne o dokładnie dziesięcioletnim czasie trwania. Zastosowany indeks uwzględnia stan indeksu REX10 performance index na koniec każdego roku od

1970 r. Strony oszacowały w ten sposób zysk roczny, odzwierciedlający tendencję przyjętego indeksu: REX10 performance index w okresie od 1970 do 1990 r. i uzgodniły podstawową stopę procentową nieobciążoną ryzykiem w wysokości 6,61 %.

(161) Procedura obliczenia podstawowej stopy procentowej nieobciążonej ryzykiem w tym szczególnym przypadku wydaje się właściwa, uwzględniając, że kapitał udostępniono bankowi LSH trwale. Ponadto przyjęty indeks REX10 performance index stanowi ogólnie uznane źródło danych. Obliczona podstawowa stopa procentowa nieobciążona ryzykiem wydaje się niniejszym uzasadniona.

(162) Współczynnik beta określono na poziomie 0,670 na podstawie ekspertyzy KPMG, którą dysponuje Komisja, dotyczącej tzw. dostosowanych (adjusted) współczynników beta wszystkich instytucji kredytowych w Niemczech notowanych na giełdzie. Na podstawie powyższej ekspertyzy oraz przy uwzględnieniu profilu działalności banku LSH powyższy współczynnik beta należy uznać za właściwy.

(163) Komisja uważa także rynkową premię za ryzyko w wysokości 4,0 % za akceptowalną. Już w postępowaniu w sprawie WestLB, zakończonym decyzją 2000/392/WE, Komisja kilkakrotnie omawiała tzw. ogólną długoterminową rynkową premię za ryzyko, a więc różnicę między długoterminowym zyskiem średnim ze zwykłego portfela akcji oraz z obligacji państwowych. W odpowiednich ekspertyzach dotyczących postępowania zastosowano przedział od ok. 3 % do 5 %, w zależności od metodyki, oceny czasu oraz danych. Do wycieńczenia w ekspertyzie sporządzonej dla BdB alternatywnie przyjęto wartości 3,16 % oraz 5 %, a inna ekspertyza sporządzona dla banku WestLB w ramach tego samego postępowania przyjęła wartości 4,5 % oraz 5 %, natomiast analitycy Lehman Brothers, którzy pracowali na zlecenie WestLB, założyli stopę 4 %. Biorąc pod uwagę powyższe, Komisja nie widzi potrzeby rezygnowania z rynkowej premii za ryzyko zastosowanej w porozumieniu. Uwzględniając zastosowanie metody CAPM, zdaniem Komisja nie ma wątpliwości, że minimalne wynagrodzenie obliczone przez strony jest odpowiednie.

(164) Komisja nie dostrzega przesłanek świadczących o tym, że obliczone przez strony wynagrodzenie za hipotetyczną inwestycję w kapitał zakładowy nie wytrzymałoby testu rynkowego. Komisja ustala zatem odpowiednie minimalne wynagrodzenie za majątek celowy na poziomie 9,29 % rocznie. (każdorazowo po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym).

Potrącenie z zysku z kapitału z powodu braku płynności

(165) Długoterminowa stopa procentowa nieobciążona ryzykiem (dziesięcioletnie niemieckie obligacje federalne) wynosiła na koniec 1990 r. 8,98 %. LSH podał, że koszty refinansowania wynosiły ok. 9,2 % w momencie przeniesienia majątku w związku z jego strukturą finansową. W porozumieniu strony przyjęły podstawową stopę procentową

nieobciążoną ryzykiem w wysokości 6,61 %⁽⁴⁰⁾. Ponadto strony uzgodniły przyjęcie zryczałtowanej stawki podatkowej w wysokości 50 %. W ten sposób uzyskały stopę refinansowania netto w wysokości 3,31 %, co stanowi odpowiednie potrącenie z wynagrodzenia z powodu braku płynności.

(166) Na podstawie powyższego porozumienia i faktu, że kwota mieści się w przedziale wcześniej określonym przez Niemcy, Komisja nie widzi powodu, aby uznać ją za niewłaściwą i przyjmuje powyższą kwotę jako podstawę przy obliczaniu elementu pomocy.

Marża na zysk z kapitału ze względu na szczególne cechy transferu

(167) W praktyce przy ustalaniu wynagrodzenia za inwestycję cechy nietypowe, odbiegające od standardowej inwestycji w kapitał zakładowy znajdują zwykle wyraz w postaci odpowiednich dopłat lub potrąceń. Należy zatem sprawdzić, czy szczególne cechy, zwłaszcza dany profil ryzyka transferu kapitału IB sprawiają, że istnieją powody do dostosowania określonego minimalnego wynagrodzenia w wysokości 9,29 %, którego oczekiwali inwestor prywatny za (hipotetyczną) inwestycję w kapitał zakładowy LSH, oraz czy Komisja może przeprowadzić kwantyfikację w sposób metodologicznie poprawny. W tym kontekście należy zbadać trzy aspekty: po pierwsze brak emisji nowych udziałów w spółce oraz związanych z nimi praw do głosu, po drugie szczególny zakres transferu majątku oraz po trzecie brak zamienności inwestycji.

(168) Kraj związkowy nie uzyskał dodatkowych głosów wskutek wniesienia kapitału. Rezygnując z prawa do głosu, inwestor traci możliwość wpływu na zarząd banku przy podejmowaniu decyzji. Gdyby doszło do zwiększenia praw do głosu kraju związkowego, posiadałby on ponad 50 % praw głosu, tzn. kraj związkowy stałby się udziałowcem większościowym. Dla wyrównania podwyższonego ryzyka strat, za którym nie idzie odpowiednio większy wpływ na przedsiębiorstwo, inwestor rynkowy (nawet w przypadku zmniejszenia ryzyka wskutek wewnętrznych ustaleń z innymi udziałowcami) zażądałby wyższego wynagrodzenia. Zakładając wyższe wynagrodzenie za akcje uprzywilejowane w stosunku do akcji zwykłych oraz w porozumieniu z głównym skarżącym BdB, krajem związkowym Sleszwik-Holsztyn oraz LSH, które w wyniku rozmów prowadzonych w sierpniu/wrzeźniu 2004 r. uznały za właściwą stopę w wysokości 0,3 % rocznie (po opodatkowaniu), Komisja uważa podwyższenie wynagrodzenia o co najmniej 0,3 % (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw) za uzasadnione. Również strony porozumienia uważają podwyższenie wynagrodzenia o 0,3 % z powodu braku emisji nowych praw do głosu za właściwe.

(169) Wielkość wniesionego majątku oraz wpływ, jaki miał on na LSH z punktu widzenia wymogów dyrektywy w sprawie współczynnika wypłacalności, został już omówiony. Wskutek wniesienia kapitału IB zwiększył się znacznie kapitał podstawowy LSH i to bez ponoszenia kosztów uzyskania i opłat administracyjnych. Inwestor rynkowy zażądałby prawdopodobnie podwyższenia wynagrodzenia za wniesienie kapitału o znacznej wielkości względnej

⁽⁴⁰⁾ Strony przyjmują za podstawę stopy procentowe nieobciążone ryzykiem określone według REX10 performance index niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG).

i bezwzględnej, jakim jest masa majątkowa IB. Z drugiej strony wniesienia kapitału zakładowego w wysokości 1,3 mld DEM do jednego z największych niemieckich banków uniwersalnych, szczególnie w kontekście dużego zapotrzebowania kapitałowego europejskich instytucji kredytowych spowodowanego dyrektywą w sprawie współczynnika wypłacalności, nie można uznać za transakcję zupełnie odbiegającą od normalnych wielkości. Dodatkowo należy zauważyć, że znaczny wartość transakcji może sugerować podobieństwo wkładu majątkowego do wniesienia kapitału zakładowego, gdyż w momencie transferu pod koniec 1990 r. ciche udziały o dużej wartości były na rynku dość nietypowe. Oznaczałoby to niedopuszczalne podwójne uwzględnienie wartości majątku, gdyby w przypadku inwestycji podobnej do wniesienia kapitału zakładowego uzasadniano dodatkową marżę wartością wniesionego majątku. Komisja uznaje zatem, że nie udowodniono dostatecznie, że inwestor rynkowy zażądałby za daną bezwzględną i względną wielkość wniesionego kapitału szczególnej dodatkowej marży. Komisja rezygnuje na korzyść LSH z nałożenia marży za pobrania zwiększonego wynagrodzenia, uwzględniając wolumen przeniesienia majątku. Porozumienie również zawiera postanowienie, że z powodu wartości wniesionego majątku nie należy zwiększać wynagrodzenia.

(170) Wreszcie należy zwrócić uwagę na brak zamienności inwestycji, tzn. brak możliwości odzyskania zainwestowanego kapitału w dowolnym momencie. Inwestor może zwykle zbyć instrument kapitału własnego na rynku na rzecz osoby trzeciej i w ten sposób zakończyć swoją inwestycję. Standardowe wniesienie kapitału zakładowego odbywa się w następujący sposób: inwestor wnosi po stronie aktywów w bilansie majątek (w gotówce lub w formie aportu). Po stronie pasywów odpowiada temu zwykle udział na rzecz inwestora, którym może on dysponować, np. w przypadku spółki akcyjnej są to akcje. Akcje może on odsprzedać osobie trzeciej. W ten sposób nie może odzyskać aktywów wniesionych pierwotnie, ponieważ zaliczają się one obecnie do obowiązkowego kapitału własnego spółki i nie ma on do nich dostępu. Jednak może – w zależności od kursu giełdowego – uzyskać ich równowartość, zbywając posiadane akcje. Jego inwestycja jest w ten sposób zamienna. Kraj związkowy nie posiada takiej możliwości z powodu szczególnych okoliczności wniesienia majątku IB. Komisja nie widzi jednakże powodu dla ustalenia kolejnej marży. Kraj związkowy nie miał wprawdzie możliwości uzyskania równowartości poprzez wolne dysponowanie inwestycją, jednak przynajmniej zasadniczo przez cały czas istniała możliwość ponownego wydzielenia majątku celowego z LSH na mocy ustawy i w ten sposób uzyskania wyższego zysku z kapitału poprzez ponowną inwestycję w inną instytucję kredytową. Także w tym przypadku porozumienie między BdB, krajem związkowym Szlezwik-Holsztyn i HSH Nordbank zakłada, że z powodu braku zamienności majątku nie jest konieczna marża.

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

Łączne wynagrodzenie

(172) Na podstawie wszystkich powyższych rozważań i w porozumieniu z głównym skarżącym BdB, krajem związkowym Szlezwik-Holsztyn oraz LSH Komisja doszła do wniosku, że odpowiednie wynagrodzenie za kapitał powinno wynosić 6,28 % rocznie (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw), a mianowicie 9,29 % zwykłego zwrotu z danej inwestycji plus marża 0,3 % za szczególny charakter transakcji minus 3,31 % z powodu nakładów finansowych, które ponosi bank LSH w związku z brakiem płynności wniesionego majątku.

Odpowiednie wynagrodzenie za kapitał IB do momentu uznania przez BAKred, za kwotę wykorzystaną przez IB oraz za rezerwę celową – nieruchomości

(173) Jak przedstawiono powyżej, kapitał IB stanowił dla LSH wartość materialną już przez uznanie go przez BAKred za kapitał podstawowy w rozumieniu przepisów Prawa bankowego (KWG), ponieważ został on wykazany w bilansie jako kapitał własny już w momencie wniesienia. To samo dotyczy kwoty wykorzystanej przez IB oraz rezerwy celowej – nieruchomości. Funkcję ekonomiczną powyższego kapitału można porównać z poręczeniem lub gwarancją. Aby podjąć ryzyko tego typu, inwestor rynkowy zażądałby odpowiedniego wynagrodzenia. Niemcy uznały początkowo marżę zaakceptowaną⁽⁴¹⁾ przez Komisję w decyzji 2000/392/WE w wysokości 0,3 % za funkcję gwarancyjną na rzecz LSH za niewłaściwą. W decyzji 2000/392/WE ustalono marżę w wysokości 0,3 % rocznie na wymienioną stopę w wysokości 0,3 % rocznie, ponieważ z jednej strony poręczenia awalowe wiążą się zwykle z określonymi transakcjami i mają ograniczony czas trwania (co nie miało miejsca w przypadku WestLB), a z drugiej strony kwota w wysokości ponad 3,4 mld DEM udostępniona WestLB jest wyższa niż kwota, którą zwykle pokrywają tego typu poręczenia bankowe.

(174) Biorąc pod uwagę zasadniczą porównywalność przypadków banków WestLB i LSH oraz z powodu braku innych wyznaczników, Komisja uważa, że stopa ta odpowiada wynagrodzeniu, które LSH musiałyby zapłacić na rynku za poręczenie awalowe na jego rzecz.

(175) Porozumienie między BdB, krajem związkowym Szlezwik-Holsztyn oraz LSH zakłada również, że marża w wysokości 0,3 % rocznie jest uzasadniona. Komisja uważa dodatkową marżę LSH za uzasadnioną i ustala stopę w wysokości 0,3 % rocznie jako odpowiednie wynagrodzenie za funkcję gwarancyjną kapitału w momencie wykazania transferu w bilansie na dzień 1 stycznia 1991 r. do momentu uznania przez BAKred. Stopa w wysokości 0,3 % rocznie po opodatkowaniu została przyjęta przez strony w tabeli dołączonej do porozumienia dotyczącej kalkulacji elementu pomocy.

Brak uwzględnienia wypłat dywidendy przez IB

(176) Niemcy stwierdziły, że należne wynagrodzenie należy obniżyć o dywidendy IB wypłacone w latach 1993 do 2002 na rzecz kraju związkowego w wysokości 99,9 mln

⁽⁴¹⁾ Patrz przypis 3 pkt 221.

DEM. Płatności dokonane po przeprowadzeniu inwestycji oraz zrealizowane podwyższenia wartości nie są relewantne w świetle zasady inwestora rynkowego, który na podstawie informacji udostępnionych w momencie inwestycji może oczekiwać odpowiedniego zysku lub bezpośredniego wynagrodzenia. Stąd z góry obliczone wypłaty dywidend lub wzrost wartości nie mogą być miarodajne.

(177) Komisja uznaje, że w niniejszym przypadku nie należy obniżać należnego wynagrodzenia o wypłatę dywidend IB.

h) *Efekty synergii*

(178) LSH uważa, że obliczając wynagrodzenie kraju związkowego, należy uwzględnić także uzyskane efekty synergii. Jednoznaczne jest, że rzeczywistym celem przeniesienia było uzyskanie przez LSH bazy kapitałowej zgodnej z nowymi przepisami dotyczącymi wypłacalności. Efekty synergii uznano za pozytywny efekt (uboczny), który jednak nie był głównym powodem przeprowadzania transakcji.

(179) Jeśli IB uzyska ponadto efekty synergii i oszczędności, wówczas przysporzy to korzyści WKA i WAK (i w ten sposób krajowi związkowemu) poprzez redukcję kosztów, ale nie można ich uznać za świadczenie zwrotne LSH z tytułu udostępnienia podstawowych środków własnych. Powyższe efekty synergii nie zmniejszą użyteczności wniesionego kapitału dla LSH, ani nie zwiększą kosztów związanych z przeniesieniem; efekty synergii nie powinny zatem mieć także wpływu na wynagrodzenie, którego mógłby zażądać za udostępniony kapitał inwestor rynkowy. Również w przypadku rzeczywistej korzyści kraju związkowego spowodowanej efektami synergii, każdy konkurent byłby zmuszony do „zapłaty” „wynagrodzenia” za instrument finansowy (kapitał IB) na rzecz kraju związkowego w formie takich korzyści wraz z odpowiednim wynagrodzeniem za udostępniony kapitał własny.

(180) Efekty synergii odczuwalne są zwykle po stronach obu przedsiębiorstw biorących udział w połączeniu. Nie jest

(188) Poniższa tabela przedstawia obliczenie elementu pomocy:

zatem zrozumiałe, dlaczego LSH nie miałyby uzyskać żadnego zysku z takich korzyści.

i) *Zmiana ustawy w dniu 1 czerwca 2003 r.*

(181) Niemcy potwierdziły, że z mocą prawną na dzień 1 czerwca 2003 r. IB został wyłączony z majątku LSH. Majątek celowy – nieruchomości natomiast wyłączono z LSH z dniem 1 czerwca 2003 r.

(182) LSH nie może zatem od dnia 1 czerwca 2003 r. zabezpieczać aktywów obciążonych ryzykiem z prowadzonej działalności komercyjnej LSH majątkiem celowym lub też wykorzystywać jego funkcji gwarancyjnej.

(183) Komisja uznaje, że udowodniono, iż niniejszym badane sprzyjanie danemu przedsiębiorstwu zostało zakończone wraz z wyodrębnieniem majątku celowego z dniem 1 czerwca 2003 r.

j) *Element pomocy*

(184) Po przeprowadzeniu powyższych obliczeń Komisja doszła do wniosku, że wynagrodzenie, które LSH powinien zapłacić za majątek celowy, uznany przez BAKred za kapitał podstawowy, wynosi 6,28 % rocznie po opodatkowaniu oraz 0,3 % po opodatkowaniu za różnicę między tą częścią kapitału a kwotą wykazaną w bilansie LSH jako kapitał własny oraz za rezerwę celową – nieruchomości.

(185) Powyższe wynagrodzenie należy zapłacić za okres od dnia 1 stycznia 1991 r. do zakończenia preferencyjnego traktowania w dniu 31 maja 2003 r.

(186) LSH zapłacił wynagrodzenie wyłącznie za kwotę, którą mógł wykorzystać na zabezpieczenie działalności komercyjnej.

(187) Element pomocy stanowi różnica między rzeczywistymi płatnościami a płatnościami, które odpowiadałyby warunkom rynkowym.

Tabela 4

Obliczenie elementu pomocy (w mln DEM)

W mln DEM

	1991 (*)	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003 (5 miesięcy)
Kapitał IB łącznie	1 306,0	1 312,2	1 337,9	1 387,0	1 472,0	1 563,0	1 665,9	1 763,0	1 814,0	1 817,0	1 849,2	1 923,9	1 967,6
1. Kwota, którą mógł wykorzystać LSH	1 018,0	1 013,1	954,0	1 024,0	1 092,0	1 172,0	1 264,0	1 346,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2. Kwota wykorzystana przez IB	288,0	299,0	383,9	363,0	380,0	391,0	401,9	417,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
3. Kwota między 1.1.1991 a 30.8.1991	870,7	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
4. Rezerwa celowa nieruchomości	-	-	-	-	-	-	-	-	-	[...]	[...]	[...]	[...]

W mln DEM

	1991 (*)	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003 (5 miesięcy)
Wynagrodzenie w wysokości 6,28 % (po opodatkowaniu) za 1.	21,3	63,6	59,9	64,3	68,6	73,6	79,4	84,5	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Wynagrodzenie 0,3 % (po opodatkowaniu) za 2.	0,3	0,9	1,2	1,1	1,1	1,2	1,2	1,3	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Wynagrodzenie 0,3 % (po opodatkowaniu) za 3.	2,6	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Wynagrodzenie 0,3 % (po opodatkowaniu) za 4.	-	-	-	-	-	-	-	-	-	[...]	[...]	[...]	[...]
Wynagrodzenie rynkowe łącznie	24,2	64,5	61,1	65,4	69,7	74,8	80,6	85,8	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Rzeczywiste wynagrodzenie (po opodatkowaniu)	0	0	0,9	2,4	1,0	2,5	5,0	6,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Element pomocy	24,2	64,5	60,2	63,0	68,7	72,3	75,6	79,2	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(*) Kapitał IB został dla celów bilansowych wniesiony w dniu 1.1.1991 r. i udostępniony LSH przez pierwsze 8 miesięcy 1991 r. jako zabezpieczenie (funkcja gwarancyjna). Po uznaniu przez BAKred, tzn. przez ostatnie 4 miesiące roku 1991 r., kapitał mógł być wykorzystany także na działalność konkurencyjną.
Od dnia 1 stycznia 1999 r. DEM przeliczono na EUR według kursu 1,95583. Dane w DEM należy odpowiednio przeliczyć na EUR.

(189) Element pomocy wynosi za okres od przyznania pomocy do dnia 31 maja 2003 r. łącznie w markach niemieckich 845,6 mln DEM. Powyższą kwotę należy przeliczyć na EUR, wynosi ona 432,3 mln EUR.

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

(190) Wskutek liberalizacji usług finansowych oraz integracji rynków finansowych sektor bankowy na obszarze Wspólnoty narażony jest coraz bardziej na zakłócenia konkurencji. Obecnie sytuacja ta jeszcze się zaostrza w ramach unii gospodarczo-walutowej, która ma przyczynić się do zniesienia istniejących barier konkurencyjnych na rynkach usług finansowych.

(191) Bank LSH prowadził działalność zarówno na poziomie regionalnym, jak i w skali międzynarodowej. LSH jest uniwersalnym bankiem komercyjnym, bankiem centralnym kas oszczędnościowych oraz bankiem publiczno-komunalnym. Pomimo nazwy, tradycji oraz zadań uregulowanych ustawowo LSH w żadnym razie nie jest bankiem lokalnym lub regionalnym.

(192) To pokazuje wyraźnie, że bank LSH świadczy usługi bankowe, konkurując z innymi bankami europejskimi poza Niemcami, a także na terenie Niemiec, ponieważ banki z innych państw europejskich prowadzą swoją działalność w Niemczech.

(193) Należy zwrócić uwagę na ścisłe powiązanie między kapitałem własnym instytucji kredytowej i jej działalnością bankową. Tylko przy pomocy wystarczających zasobów uznanego kapitału własnego bank może prowadzić oraz rozszerzać działalność komercyjną. LSH został wyposażony w taki kapitał własny na cele wypłacalności dzięki zasobom państwowym, co wpłynęło bezpośrednio na możliwości transakcyjne banku.

(194) Stwierdza się zatem, że pomoc przeznaczona dla LSH zakłóca konkurencję i wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.

1.4. WYNIK

(195) Na podstawie powyższych rozważań można stwierdzić, że są spełnione wszystkie kryteria art. 87 ust. 1 Traktatu WE, a przeniesienie majątku funduszu celowego wiąże się z pomocą państwa w rozumieniu tego artykułu.

2. ZGODNOŚĆ ZE WSPÓLNYM RYNKIEM

(196) Wychodząc z powyższego założenia, należy sprawdzić, czy pomoc można uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem. Należy przy tym zauważyć, że LSH powoływał się tylko na odstępstwo określone w art. 86 ust. 2 Traktatu WE w odniesieniu do różnych elementów pomocy związanych z transferem kapitału IB oraz nieruchomości.

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

(198) Pomoc nie ma celu wspierania regionów – nie jest przeznaczona ani na sprzyjanie rozwojowi gospodarczemu regionów, w których poziom życia jest nienormalnie niski lub regionów, w których istnieje poważny stan niedostatecznego zatrudnienia, ani na ułatwianie rozwoju niektórych regionów gospodarczych – dlatego nie ma zastosowania ani art. 87 ust. 3 lit. a), ani aspekt regionalny

określony w art. 87 ust. 3 lit. c) Traktatu WE. Pomoc nie jest przeznaczona na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania. Wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturowego także nie stanowią celu pomocy.

- (199) Kontynuacja działalności LSH nie była zagrożona w momencie przeprowadzania wymienionego działania, dlatego nie pojawiła się kwestia czy bankructwo jednego dużego banku, jakim jest LSH w Niemczech, mogłoby doprowadzić do kryzysu sektora bankowego, co z kolei na podstawie art. 87 ust. 3 lit. b) Traktatu WE mogłoby uzasadniać przyznanie pomocy w celu zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce Niemiec.
- (200) Zgodnie z art. 87 ust. 3 lit. c) Traktatu WE za zgodną ze wspólnym rynkiem może zostać uznana pomoc państwa przeznaczona na sprzyjanie rozwojowi niektórych sektorów gospodarczych. Zasadniczo powyższe może także dotyczyć pomocy na restrukturyzację w sektorze bankowym. W omawianym przypadku jednakże brak przesłanek koniecznych do zastosowania powyższego wyjątku. Banku LSH nie można uznać za przedsiębiorstwo znajdujące się w trudnej sytuacji, które musi otrzymać pomoc państwa dla odzyskania rentowności.
- (201) Art. 86 ust. 2 Traktatu WE, który dopuszcza w określonych okolicznościach odstępstwa od przepisów Traktatu o pomocy państwa, zasadniczo dotyczy także sektora usług finansowych. Komisja potwierdziła powyższe stwierdzenie w sprawozdaniu pt. „Usługi świadczony w ogólnym interesie gospodarczym przez sektor bankowy”⁽⁴²⁾. LSH stwierdził, iż świadczy on usługi w ogólnym interesie gospodarczym i że w zakresie, w jakim ewentualne dotacje kraju związkowego Szlezwik-Holsztyn przeznaczane są na realizację zadań publicznych lub usług użyteczności publicznej, nie stanowią one niezgodnej z prawem pomocy państwa. LSH nie spełnia jednakże formalnych wymogów: nie podano konkretnych zadań, które LSH wypełnia w ramach usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, ani nie podano związanych z tym kosztów. Zatem jest jasne, że transfer przeprowadzono, aby LSH mógł sprostać nowym wymogom dotyczącym kapitału własnego, i bez związku z jakimkolwiek usługami na rzecz ogólnego interesu gospodarczego. Zatem w niniejszym przypadku nie ma również zastosowanie powyższe wyłączenie.
- (202) Ponieważ żadne wyłączenie od zasady zakazu pomocy państwa określone w art. 87 ust. 1 Traktatu WE nie znajduje zastosowania, niniejszej pomocy państwa nie można uznać za zgodną z Traktatem.

3. BRAK ISTNIEJĄCEJ POMOCY

- (203) W przeciwieństwie do stanowiska Niemiec dotyczącego LSH nie można uznać, że wniesienie kapitału mieści się w istniejącym systemie poręczeń państwowych Anstaltslast i Gewährträgerhaftung.
- (204) Po pierwsze przesłanki stanu nieograniczonej odpowiedzialności udziałowców banku za zobowiązania wierzycieli (Gewährträgerhaftung), jeżeli majątek banku nie jest wystarczający do zaspokojenia ich roszczeń, nie były

w tym przypadku spełnione. Wniesienie kapitału nie służyło zaspokojeniu roszczeń wierzycieli banku krajowego, a majątek banku krajowego nie był wyczerpany.

- (205) Po drugie nie zachodzi stan konieczności zapewnienia bankowi płynności (Anstaltslast). Poręczenie państwowe Anstaltslast zobowiązuje poręczyciela (Anstaltsträger), czyli kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn, do zapewnienia bankowi LSH środków koniecznych do prowadzenia działalności, jeżeli zdecyduje on, że bank ma kontynuować tę działalność. Jednak w momencie wniesienia kapitału bank LSH w żadnym wypadku nie był w sytuacji, w której prowadzenie prawidłowej działalności nie byłoby możliwe, na przykład z braku wystarczających środków. Wniesiony kapitał nie był więc konieczny do zapewnienia prawidłowej działalności banku kraju związkowego. Miał on raczej na celu zwiększenie kapitału banku w związku z wejściem w życie dnia 30 czerwca 1993 r. zaostrożonych przepisów dotyczących wskaźników kapitału podstawowego/środków własnych i umożliwienie przyszłego efektywnego rozszerzenia działalności lub niedopuszczenie do w przeciwnym razie koniecznego zmniejszenia wartości transakcji/aktywów obciążonych ryzykiem banku kraju związkowego. Dzięki działaniu kraju związkowego jako współwłaściciela, wynikającym ze świadomej kalkulacji ekonomicznej, bank będzie mógł również w przyszłości sprostać konkurencji na rynku. Do takiej normalnej, ekonomicznej decyzji kraju związkowego jako współwłaściciela nie ma zastosowania „szczególna regulacja” poręczenia państwowego Anstaltslast. Z braku innego istniejącego programu pomocy, który można by zastosować zgodnie z art. 87 ust. 1, art. 88 ust. 1 Traktatu WE, wniesienie kapitału należy uznać za nową pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 i art. 88 ust. 3 Traktatu WE i odpowiednio zbadać.

X. WNIOSEK

- (206) Komisja stwierdza, że Niemcy przyznały bezprawnie nową pomoc państwa, naruszając art. 88 ust. 3 Traktatu WE. Przyznana pomoc jest niezgodna z prawem.
- (207) Pomocy nie można uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem ani na podstawie art. 87 ust. 2 lub ust. 3 Traktatu WE, ani na podstawie innego postanowienia Traktatu. Zgodnie z powyższym pomoc uznaje się za niezgodną ze wspólnym rynkiem i konieczne jest jej zniesienie i przeprowadzenie windykacji bezprawnie przyznanej pomocy przez rząd niemiecki,

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

Pomoc państwa przyznana przez Niemcy na rzecz Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale, obecnie HSH Nordbank AG, w wysokości 432,3 mln EUR w okresie od dnia 1 stycznia 1999 r. do dnia 31 maja 2003 r. jest niezgodna ze wspólnym rynkiem.

Artykuł 2

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

⁽⁴²⁾ Powyższe sprawozdanie przedłożono Radzie ds. Gospodarki i Finansów w dniu 23 listopada 1998 r., ale nie zostało ono opublikowane. Powyższe sprawozdanie jest dostępne w Dyrekcyj Generalnej ds. Konkurencji oraz na stronie internetowej Komisji.

Artykuł 3

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

Kwota pomocy podlegająca windykacji zostanie zwiększona o odsetki, które zostaną naliczone od dnia, w którym pomoc przyznana bezprawnie została udostępniona beneficjentowi do daty jej skutecznej windykacji.

Odsetki zostaną naliczone zgodnie z przepisami rozdziału V rozporządzenia Komisji (WE) nr 794/2004. ⁽⁴³⁾

Artykuł 4

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

Artykuł 5

Niniejsza decyzja jest skierowana do Republiki Federalnej Niemiec.

Bruksela, dnia 20 października 2004.

W imieniu Komisji

Mario MONTI

Członek Komisji

⁽⁴³⁾ Dz.U. L 140 z 30.4.2004, str. 1.

ZAŁĄCZNIK

INFORMACJE DOTYCZĄCE WYKONANIA DECYZJI KOMISJI

1. **Obliczenie kwoty podlegającej windykacji**

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

Data płatności (°)	Wysokość pomocy (*)	Waluta	Beneficjent

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

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

Uwagi:

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

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

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

- 2.2. Kiedy windykacja pomocy zostanie zakończona?

3. **Windykacja przeprowadzona**

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

Data (°)	zwrócona kwota	Waluta	Beneficjent

(°) Data zwrotu pomocy

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