

II

(Akty, których publikacja nie jest obowiązkowa)

KOMISJA

DECYZJA KOMISJI

z dnia 20 października 2004 r.

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

(notyfikowana jako dokument nr C(2004) 3924)

(Jedynie tekst w języku niemieckim jest autentyczny)

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(2006/736/WE)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

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

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

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

a także mając na uwadze, co następuje:

I. PROCEDURA

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

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

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

⁽¹⁾ Dz.U. C 239 z 4.10.2002, str. 12.

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

II. SZCZEGÓŁOWY OPIS POMOCY

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

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

⁽²⁾ Dz.U. L 150 z 23.6.2000, str. 1.

⁽³⁾ Zb. Orz. 2003, str. II-435.

⁽⁴⁾ Dz.U. C 239 z 4.10.2002, str. 12.

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

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

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

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

2. PRZENIESIENIE WBK DO LBB

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

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

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

⁽⁷⁾ Dz.U. C 141 z 14.6.2002, str. 2.

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

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

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

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

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

4. WPLYW PRZENIESIENIA NA WIELKOŚĆ KAPITAŁU WŁASNEGO BANKU LBB

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

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

III. PRZYCZYNY WSZCZĘCIA POSTĘPOWANIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. UWAGI NIEMCIEC

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

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

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

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

⁽¹⁵⁾ Patrz przypis 2, pkt. 162.

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

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

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

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

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

V. UWAGI ZAINTERESOWANYCH STRON

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

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

⁽¹⁹⁾ Patrz przypis 1.

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

⁽²¹⁾ Dz.U. L 221 z 8.8.1998, str. 28.

⁽¹⁷⁾ Patrz przypis 2, pkt 182.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. REAKCJA NIEMIEC NA UWAGI ZAINTERESOWANYCH STRON

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

VII. POROZUMIENIE POMIĘDZY BDB, KRAJEM ZWIĄZKOWYM BERLIN ORAZ LBB

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

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

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

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

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

VIII. OCENA DZIAŁANIA

1. PRZEDAWNIENIE

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

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

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

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

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

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

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

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

2.a ZASOBY PAŃSTWOWE

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

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

⁽²⁴⁾ Tamże, pkt. 60.

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

⁽²³⁾ Zb. Orz. 2003, str. II-1789.

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

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

2.b SPRZYJANIE OKREŚLONEMU PRZEDSIĘBIORSTWU

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

(1) Zasada inwestora rynkowego

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

(2) Artykuł 295 Traktatu WE

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

⁽²⁶⁾ Patrz przypis 3.

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

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

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

(3) Struktura własnościowa

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

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

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

⁽²⁸⁾ Patrz przypis 3, pkt 245.

⁽²⁹⁾ Patrz przypis 3, pkt 246.

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

(4) Wynagrodzenie i składniki wynagrodzenia

Baza kapitałowa do obliczenia wynagrodzenia

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

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

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

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

Odpowiednie wynagrodzenie za kapitał akcyjny i kapitał celowy

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

Porównanie z innymi instrumentami kapitału własnego

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

związkowy i LBB założyły porównywalność z inwestycją w kapitał zakładowy.

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

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

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

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

Koszty płynności kapitału celowego

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

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

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

Obliczenie oczekiwanego minimalnego wynagrodzenia za kapitał celowy oraz kapitał akcyjny

- (117) Inwestor rynkowy opiera swoje oczekiwania w stosunku do zysku z kapitału na historycznych danych dotyczących średniego zysku z kapitału, które także dają ogólne pojęcie o przyszłej wydajności przedsiębiorstwa, a w szczególności na analizie aktualnego modelu działania przedsiębiorstwa, strategii i jakości zarządzania oraz relatywnych prognozach danej branży. Jeżeli przedsiębiorstwo potrzebuje kapitału, musi przekonać ewentualnego inwestora, że jest ono w stanie długoterminowo wypracować zysk z kapitału przynajmniej na poziomie rynkowego zysku przedsiębiorstw porównywalnych pod względem ryzyka i profilu działalności. Jeżeli przedsiębiorstwo nie spełnia oczekiwań co do przynajmniej średniego zysku z kapitału, inwestor nie zdecyduje się na tę inwestycję i rozważy inne
- przedsiębiorstwo, które przy takim samym ryzyku ma lepsze perspektywy.
- (118) Aby obliczyć odpowiednie najniższe wynagrodzenie, można użyć różnych metod. Począwszy od najróżniejszych wariantów stopy finansowania do metody wyceny aktywów kapitałowych (capital asset pricing models – zwanej dalej „CAPM”). Do przedstawienia różnych rozwiązań należy wyróżnić dwa składniki, zysk z bezpiecznych inwestycji oraz premię za ryzyko danego projektu: odpowiedni minimalny zysk z inwestycji obciążonej ryzykiem = podstawowa stopa procentowa bezpiecznych papierów wartościowych + premia za ryzyko inwestycji. Odpowiedni minimalny zysk z inwestycji obciążonej ryzykiem można również określić jako sumę stopy zysku z bezpiecznej inwestycji i dodatkowej premii za ryzyko w związku z przejściem ryzyka specyficznego dla danej inwestycji.
- (119) Podstawą obliczenia zysku z kapitału jest zawsze istnienie formy bezpiecznej inwestycji, dla której można założyć bezpieczny zysk z kapitału. Zwykle do obliczenia podstawowej stopy bezpiecznych papierów wartościowych przyjmuje się oczekiwany zysk z papierów wartościowych o stałym oprocentowaniu emitowanych przez państwo (względnie indeks bazujący na tych papierach wartościowych), ponieważ są to formy inwestycji o porównywalnie niskim ryzyku. Różnice między poszczególnymi metodami występują jednakże przy obliczeniu premii za ryzyko:
- Metoda finansowa: Zysk z kapitału własnego oczekiwany przez inwestora stanowi z punktu widzenia banku wykorzystującego kapitał przyszłe koszty finansowania. Przy tym podejściu określane są najpierw historyczne koszty kapitału własnego, które ponoszą banki porównywalne z opisywanym bankiem. Średnia arytmetyczna historycznych kosztów kapitału zostaje następnie zrównana z przyszłymi, oczekiwanymi kosztami kapitału własnego, i w ten sposób z zyskiem z kapitału oczekiwanym przez inwestora.
 - Metoda finansowa ze skumulowanym rocznym wzrostem (compound annual growth rate): Centralnym punktem tej metody jest zastosowanie średniej wartości geometrycznej zamiast arytmetycznej (compound annual growth rate).
 - Metoda wyceny aktywów kapitałowych (capital asset pricing model – CAPM): W nowoczesnych finansach metodą najbardziej znaną i najczęściej testowaną jest CAPM, przy pomocy tej metody można określić zysk z kapitału oczekiwany przez inwestora przy pomocy następującego wzoru: oczekiwany zysk z kapitału = stopa bezpiecznych papierów wartościowych + premia za ryzyko rynkowe × beta. Współczynnik beta pozwala na porównanie ryzyka danego przedsiębiorstwa z łącznym ryzykiem wszystkich przedsiębiorstw. Premię za ryzyko tej szczególnej inwestycji oblicza się przez pomnożenie premii za ryzyko rynkowe oraz współczynnika beta.

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

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

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

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

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

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

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

Brak zmniejszenia wynagrodzenia z powodu uzgodnienia wynagrodzenia ryczałtowego

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

Łączne wynagrodzenie za kapitał akcyjny i kapitał celowy

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

Odpowiednie wynagrodzenie za kwoty wykorzystywane na działalność wspierającą

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

(5) Element pomocy

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

⁽³³⁾ Patrz przypis 2, pkt 221.

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

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

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

(142) Pomoc składa się z następujących elementów:

Wartości (mln DM na koniec roku)	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004 ⁽¹⁾	Suma	Suma €
1. Kapitał celowy IBB	1 715,- 2	2 005,- 8	2 105,- 8	2 206,- 0	2 306,- 0	2 356,- 0	2 406,- 0	2 456,- 5	2 600,- 0	2 623,- 8	2 625,- 4	2 625,- 4		
Wykorzystanie na dział. wspierającą	168,7	180,1	273,2	323,8	346,4	233,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]		
Pozostająca część kapitału celowego	1 546,- 5	1 825,- 7	1 832,- 6	1 882,- 2	1 959,- 6	2 122,- 4	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]		
Stopa	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %		
Należne wynagrodzenie	101,6	119,9	120,4	123,7	128,7	139,4	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2. Kapitał akcyjny WBK	187,5	46,9	46,9	46,9	46,9									
Stopa	10,19%	10,19%	10,19%	10,19%	10,19%									
Należne wynagrodzenie	19,1	4,8	4,8	4,8	4,8								38,2	19,5
Prowizja za awal	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %		
Należne wynagrodzenie	0,253	0,270	0,410	0,486	0,520	0,350	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
3. Zapłacone wynagrodzenie	0,0	0,0	0,0	1,2	3,4	3,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
4. Wynagr. pozostałe jeszcze do zapłacenia	121,0	125,0	125,6	127,7	130,6	136,2	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	1 584,- 5	810,14

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

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

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

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

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

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

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

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

3. ZGODNOŚĆ ŚRODKA Z TRAKTATEM WE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. BRAK POMOCY ISTNIEJĄCEJ

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

5. WNIOSKI

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

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

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

Artykuł 2

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

Artykuł 3

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

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

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

Artykuł 4

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

Artykuł 5

Niniejsza decyzja skierowana jest do Republiki Federalnej Niemiec.

Bruksela, dnia 20 października 2004 r.

W imieniu Komisji

Mario MONTI

Członek Komisji

⁽³⁵⁾ Dz.U. L 140 z 30.4.2004, str. 1.

ZAŁĄCZNIK

INFORMACJE DOTYCZĄCE WYKONANIA DECYZJI KOMISJI

1. **Obliczenie kwoty podlegającej windykacji**

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

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

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

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

Uwagi:

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

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

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

3. **Windykacja przeprowadzona**

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

Data (°)	Zwrócona kwota	Waluta	Nazwa beneficjenta

(°) Data windykacji pomocy

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