

DECYZJA KOMISJI**z dnia 20 października 2004 r.****w sprawie przyznania przez Niemcy pomocy na rzecz Hamburgische Landesbank – Girozentrale,
obecnie HSH Nordbank AG**

(notyfikowana jako dokument nr C(2004) 3928)

(Jedynie tekst w języku niemieckim jest autentyczny)

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(2006/740/WE)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską,
w szczególności jego art. 88 ust. 2 akapit pierwszy,uwzględniając Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospo-
darczym, w szczególności jego art. 62 ust. 1 lit. a),po wezwaniu Państwa Członkowskiego i innych zainteresowa-
nych stron zgodnie z powyższymi postanowieniami do
przedstawienia uwag ⁽¹⁾, i uwzględniając te uwagi,

a także mając na uwadze, co następuje:

I. PROCEDURA

- (1) Przedmiotem postępowania jest przeniesienie udziałów w Instytucji Kredytującej Budownictwo Mieszkaniowe (Wohnungsbaukreditanstalt zwanej dalej „WK”) do Hamburgskiego Banku Krajowego – Centrali Żyrowej (Hamburgische Landesbank – Girozentrale – zwany dalej „HLB”) przez Wolne Hanzeatyckie Miasto Hamburg („FHH”). Postępowanie jest powiązane z sześcioma podobnymi postępowaniami toczącymi się przeciw Niemcom z powodu przeniesienia aktywów do banków krajów związkowych, szczególnie do Zachodnioniemieckiego Banku Krajowego (Westdeutsche Landesbank Girozentrale, dalej zwanego „WestLB”).
- (2) Komisja przekazała Niemcom w dniu 12 stycznia 1993 r. zapytanie dotyczące okoliczności i przyczyn podwyższenia kapitału banku WestLB w wyniku włączenia Instytucji Wspierającej Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego (Wohnungsbauförderanstalt, dalej zwanej „Wfa”) oraz o podobnych podwyższeniach środków własnych banków krajów związkowych w innych krajach związkowych. Niemcy przekazały odpowiedź w pismach z marca i września 1993 r., a na dalsze zapytania Komisji z dnia 10. listopada i 13. grudnia 1993 r. przekazały kolejne informacje w marcu 1994 r. W odpowiedziach Niemiec, oprócz informacji odnośnie do przeniesienia Wfa do WestLB, wspomniano podobne przeniesienia, które miały miejsce w Dolnej Saksonii, Berlinie i Szlezwiku-Holsztynie.
- (3) W pismach z dnia 31 maja 1994 r. i 21 grudnia 1994 r. *Federalne Zrzeszenie Niemieckich Banków* (Bundesverband

deutscher Banken e.V. – zwane dalej „BdB”), które reprezentuje banki prywatne mające siedziby na terenie Niemiec, poinformowało Komisję m.in. o tym, że FHH ze skutkiem na dzień 1 stycznia 1986 r. oraz ze skutkiem na dzień 1 stycznia 1993 r. bezpośrednio lub pośrednio przeniosło udziały w WK do HLB. BdB uważa powstałe w ten sposób podwyższenie środków własnych HLB za zakłócenie konkurencji na korzyść HLB, ponieważ nie uzgodniono wynagrodzenia zgodnego z zasadą inwestora rynkowego.

- (4) W drugim z wymienionych pism BdB złożyło formalną skargę i wezwało Komisję do wszczęcia procedury zgodnie z art. 93 ust. 2 Traktatu WE (obecnie art. 88 ust. 2). Skarga dotyczyła ponadto podobnych przeniesień aktywów w Nadrenii Północnej-Westfalii, Dolnej Saksonii, Szlezwiku-Holsztynie, Berlinie i Bawarii na rzecz banków tych krajów związkowych, tj. Westdeutsche Landesbank, Norddeutsche Landesbank, Landesbank Schleswig-Holstein („LSH”), Landesbank Berlin oraz Bayerische Landesbank. W lutym i marcu 1995 r. oraz w grudniu 1996 r. do skargi Zrzeszenia przyłączyło się więcej banków.
- (5) Komisja zbadała najpierw przeniesienie aktywów do banku WestLB. Decyzją 2000/392/WE ⁽²⁾ Komisja uznała w 1999 r. różnicę między zapłaconym wynagrodzeniem a zyskiem z kapitału na poziomie rynkowym za niezgodną ze wspólnym rynkiem oraz nakazała windykację pomocy. Sąd Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich uchylił powyższą decyzję w orzeczeniu z dnia 6 marca 2003 r. ⁽³⁾ z powodu niewystarczającego uzasadnienia dwóch elementów zastosowanych do obliczenia wysokości wynagrodzenia, poza tym potwierdził ją jednak w całości. W tym samym czasie, w którym wydano niniejszą decyzję, Komisja wydała nową decyzję w sprawie WestLB uwzględniającą zastrzeżenia Sądu.
- (6) W dniu 1 września 1999 r. Komisja wystąpiła do Niemiec z wnioskiem o udzielenie informacji o poszczególnych przeniesieniach do innych banków krajów związkowych, w tym również do banku HLB. Niemcy przesłały w związku z tym w piśmie z dnia 8 grudnia 1999 r. informacje dotyczące przeniesienia WK do banku HLB, które uzupełniono pismem z dnia 22 stycznia 2001 r.

⁽²⁾ Dz.U. L 150 z 23.6.2000, str. 1.⁽³⁾ Zb. Orz. 2003, str. II-435.⁽¹⁾ Dz.U. C 81 z 4.4.2003, str. 24.

- (7) W piśmie z dnia 13 listopada 2002 r. Komisja przekazała Niemcom swoją decyzję o wszczęciu formalnej procedury zgodnie z art. 88 ust. 2 Traktatu WE w związku z udzieloną pomocą.
- (8) Po przedłożeniu wniosku o przedłużenie terminu i uzyskaniu zgody, Niemcy przedłożyły swoje uwagi w pismach z dnia 14 kwietnia 2003 r. oraz 15 maja 2003 r. oraz udzieliły dodatkowych informacji. Dalsze kwestie zostały omówione na spotkaniach z przedstawicielami władz niemieckich dnia 26 czerwca 2003 r. Po wystąpieniu przez Komisję z ponownym wnioskiem o udzielenie informacji, Niemcy przekazały dodatkowe informacje w dniu 29 sierpnia 2003 r.
- (9) Decyzja Komisji o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego została opublikowana w dniu 4 kwietnia 2003 r. w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ⁽⁴⁾, aby zainteresowane strony mogły przedstawić swoje uwagi. Komisja otrzymała uwagi BdB, które przekazała Niemcom, aby mogły na nie odpowiedzieć. W dniu 30 października 2003 r. Niemcy przekazały uwagi odnośnie do twierdzeń BdB.
- (10) W piśmie z dnia 7 kwietnia 2004 r. Komisja poprosiła Niemcy o dodatkowe informacje odnośnie do wszystkich postępowań dotyczących banków krajów związkowych i otrzymała odpowiedzi w pismach z dnia 1 oraz 2 czerwca 2004 r. oraz z dnia 28 czerwca 2004 r. W dniu 1 października 2004 r. Niemcy przekazały zaktualizowane dane oraz informacje uzupełniające.
- (11) W związku z przeprowadzonym w dniu 2 czerwca 2003 r. połączeniem banku HLB z bankiem LSH, w wyniku którego powstał HSH Nordbank, udziały, które bank HLB posiadał w WK, zostały ponownie przeniesione do FHH.
- (12) W dniu 19 lipca 2004 r. główny skarżący BdB, kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia oraz bank WestLB przekazały tymczasowe porozumienie w sprawie odpowiedniego wynagrodzenia za przeniesione aktywa. Ich zdaniem wynagrodzenie to powinno stanowić podstawę do decyzji Komisji. W dniu 13 października 2004 r. Komisja otrzymała ostateczną wersję wspomnianego porozumienia. W dniu 29 września 2004 r. również BdB, FHH oraz HSH Nordbank, który powstał w 2003 r. w wyniku połączenia banku HLB oraz Banku Kraju Związkowego Szlezwik-Holsztyn (LSH), przedłożyły tymczasowe porozumienie w sprawie odpowiedniego wynagrodzenia za przeniesione aktywa funduszu celowego. Następnie Komisja otrzymała kolejne pisma od ww. zainteresowanych stron oraz od Niemiec. W dniu 14 października 2004 r. Komisja otrzymała ostateczną wersję porozumienia w sprawie przeniesienia aktywów funduszu celowego do banku HLB.
- II. SZCZEGÓŁOWY OPIS POMOCY**
- HAMBURSKI BANK KRAJOWY – CENTRALA ŻYROWEJ („HLB”)**
- (13) W czasie przeniesienia bank HLB był instytucją prawa publicznego utworzoną w 1938 r. na mocy dekretu. Dekret zastąpiono w 1993 r. Ustawą w sprawie Hamburgskiego Banku Krajowego – Centrali Żyrowej (Gesetz über die Hamburgische Landesbank – Girozentrale), którą w 1997 r. znowelizowano w związku z częściową sprzedażą tego banku Bankowi Kraju Związkowego Szlezwik-Holsztyn Centrali Żyrowej („LSH”) ⁽⁵⁾. Do tego czasu FHH było jedynym udziałowcem oraz poręczycielem państwowym zobowiązany do zapewnienia płynności oraz ponoszącym nieograniczoną odpowiedzialność za zobowiązania (Anstalts- und Gewährträger) banku HLB. Kolejnym udziałowcem banku HLB obok FHH został w 1997 r. bank LSH. Obu udziałowców miało po 49,5 % udziałów w HLB. Oprócz tego spółka HLB-Beteiligungsgesellschaft mbH („HLB-BG”), kontrolowana przez FHH oraz jego spółkę holdingową Hamburger Gesellschaft für Beteiligungsverwaltung mbH („HGV”), poprzez nietypową cichą spółkę posiadała faktyczny udział w wysokości 1 %.
- (14) W dniu 2 czerwca 2003 r. (podatkowo i bilansowo ze skutkiem na dzień 1 stycznia 2003 r.) w wyniku połączenia banków HLB oraz LSH powstał HSH Nordbank AG. Właścicielami są FHH z udziałem ponad 35 %, kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn z udziałem prawie 20 %, bank WestLB z udziałem prawie 27 % oraz Związek Kas Oszczędnościowych i Żyrowych Szlezwiku-Holsztynu z udziałem ponad 18 %. Posiadając sumę bilansową w wysokości 180 mld EUR oraz łącznie 4500 pracowników, ten powstały w wyniku połączenia bank jest jedną z większych instytucji kredytowych w Niemczech.
- (15) W czasie, kiedy dokonywano obydwu przeniesień, bank HLB wykazywał sumę bilansową w wysokości odpowiednio 36,5 mld DEM (1986 r.) oraz prawie 60 mld DEM (1992 r.). W roku 2002, bezpośrednio poprzedzającym połączenie, w wyniku którego powstał HSH Nordbank, suma bilansowa koncernu HLB wynosiła prawie 93 mld EUR (koncern), a współczynnik środków własnych 11 %. W tym samym roku koncern zatrudniał 2700 pracowników.
- (16) Jako bank państwowy HLB obsługiwał transakcje bankowe FHH oraz należących do niego osób prawnych prawa publicznego i prywatnego. Działalność komercyjna banku HLB obejmowała przede wszystkim finansowanie budowy statków oraz finansowanie nieruchomości, obsługę klientów korporacyjnych i indywidualnych oraz transakcje na międzynarodowych rynkach kapitałowych. Zgodnie z własnymi danymi HSH Nordbank, obecnie jest on wiodącą światową instytucją finansującą budowę statków.
- PRZENIESIENIE UDZIAŁÓW W WK DO HLB**
- (17) Na mocy art. 1 Ustawy o zmianie struktury poręczycieli państwowych Hamburgskiej Instytucji Kredytującej Budownictwo Mieszkaniowe (Gesetz zur Änderung der Träger-schaft der Hamburgischen Wohnungsbaukreditanstalt) z dnia 1 lipca 1986 r. FHH przeniosło ze skutkiem na dzień 1 stycznia 1986 r. 24 % kapitału podstawowego i celowego w WK do banku HLB. Zgodnie z umową o wniesieniu kapitału zawartą między FHH a HLB dnia 10 lipca 1986 r. wniesienie to było środkiem służącym podwyższeniu kapitału.
- (18) Na mocy Ustawy o zwiększeniu kapitału Hamburgskiego Banku Krajowego – Centrali Żyrowej („Gesetz zur Verstärkung des Kapitals der Hamburgischen Landesbank –

⁽⁴⁾ Patrz przypis 1.

⁽⁵⁾ Bank LSH jest posiadającą zdolność prawną instytucją prawa publicznego, jej suma bilansowa wynosi 100 mld EUR, w 1998 r. zatrudniała ok. 2000 pracowników. Właścicielami banku LSH są od 1994 r. bank WestLB (39,9 %), kraj związkowy Szlezwik-Holsztyn (25,05 %), Związek Kas Oszczędnościowych i Żyrowych Szlezwika-Holsztynu (25,05 %) oraz Bank Kraju Związkowego Badenia-Wirtembergia (10 %).

Girozentrale”) z dnia 22 grudnia 1992 r. FHH przeniosło ze skutkiem na dzień 1 stycznia 1993 r. kolejne 38 % udziałów w WK do HGV oraz pozostałe udziały w wysokości 38 % bezpośrednio do HLB. HGV, która jest spółką holdingową FHH, posiadała w ten sposób udziały w HLB w formie typowego cichego udziału w wysokości 19,86 % przeniesionych do niej udziałów. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy FHH wniosło zatem łącznie 81,86 % swoich udziałów w WK, częściowo bezpośrednio, a częściowo pośrednio, do HLB.

- (19) Ponadto umowa o wniesieniu kapitału z dnia 22 grudnia 1992 r. przewidywała opcję kupna (opcję call), zgodnie z którą FHH mogło w każdej chwili zażądać od banku kraju związkowego przeniesienia wniesionych bezpośrednio udziałów w WK na siebie lub na wyznaczoną przez niego stronę trzecią. Opcja ta obejmowała również prawo do zwrotu udziałów wniesionych w 1986 r., co zostało uregulowane w załączniku do umowy (tzw. „sideletter”) z dnia 22 grudnia 1992 r. W przypadku zwrotu należy zapłacić równowartość udziałów WK na podstawie wyceny w formie ekspertyzy przeprowadzonej dla roku obrotowego przed zwrotem. W aneksie do umowy z dnia 22 grudnia 1992 r., który zawarto dnia 21 kwietnia 1997 r., ustalono, że w przypadku zwrotu wzrost cichych rezerw osiągnięty w wyniku zmiany systemu wspierającego WK zostanie przypisany nie HLB, lecz FHH.

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

- (20) Zgodnie z dyrektywą Rady 89/647/EWG z dnia 18 grudnia 1989 r. w sprawie wskaźnika wypłacalności instytucji kredytowych ⁽⁶⁾ (zwaną dalej „dyrektywą w sprawie wskaźnika wypłacalności”) oraz dyrektywą Rady 89/299/EWG z dnia 17 kwietnia 1989 r. w sprawie funduszy własnych instytucji kredytowych ⁽⁷⁾ (zwaną dalej „dyrektywą w sprawie funduszy własnych”), na mocy których znowelizowano ustawę o prawie bankowym („KWG” – Kreditwesengesetz), banki powinny posiadać obowiązkowy kapitał w wysokości 8 % ich aktywów ważonych ryzykiem. Z tego przynajmniej 4 punkty procentowe muszą przypadać na tak zwany kapitał podstawowy (kapitał „pierwszej kategorii”) obejmujący składniki kapitałowe, którymi instytucja kredytowa może nieograniczenie dysponować i użyć ich bezpośrednio do pokrycia ryzyk i strat, jeżeli takie wystąpią. Kapitał podstawowy ma decydujące znaczenie dla wysokości łącznych środków własnych banku w znaczeniu przepisów o nadzorze bankowym, ponieważ kapitał uzupełniający (kapitał „drugiej kategorii”), przeznaczony na pokrycie ryzykownych operacji banku, nie może przekraczać wysokości kapitału podstawowego.
- (21) Do dnia 30 czerwca 1993 r. banki niemieckie musiały dostosować się do nowych wymogów stawianych środkom własnym przez dyrektywę w sprawie wypłacalności oraz

dyrektywę w sprawie funduszy własnych. ⁽⁸⁾ Jeszcze przed transpozycją dyrektywy w sprawie wskaźnika wypłacalności do prawa niemieckiego wiele banków krajowych posiadało stosunkowo niski wskaźnik kapitału obowiązkowego. W związku z tym niektóre instytucje kredytowe musiały zwiększyć kapitał własny, aby nie dopuścić do ograniczenia ich możliwości rozszerzenia działalności lub przynajmniej utrzymać zakres transakcji na dotychczasowym poziomie. Ze względu na ogólnie napiętą sytuację budżetową udziałowcy publiczni nie byli w stanie dokapitalizować banków, a z drugiej strony nie chcieli ich prywatyzować lub pozyskiwać dodatkowego kapitału na rynkach kapitałowych. W związku z tym banki publiczne zdecydowały się na przeniesienia aktywów i kapitału, przy czym w przypadku banku WestLB był to majątek Instytucji Wspierającej Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego kraju związkowego Północnej Nadrenii-Westfalii (Wohnungsbau-förderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen – zwanej dalej „WfA”), w przypadku banku HLB były to wymienione udziały w WK, z których utworzono kapitał zapasowy oraz cichy udział banku HLB.

WPLYW PRZENIESIENIA NA WIELKOŚĆ KAPITAŁU
WŁASNEGO BANKU HLB

- (22) Przeniesienia motywowano zapotrzebowaniem na kapitał lub zwiększeniem kapitału podstawowego w celu rozszerzenia działalności banku HLB. Przeniesienie udziałów w WK było korzystne, ponieważ powyższy cel został osiągnięty bez konieczności dodatkowego zaangażowania kapitałowego z budżetu FHH.
- (23) Już w latach 80-tych rozszerzenie działalności pociągało za sobą ciągle rosnące zapotrzebowanie na kapitał. Zgodnie z dostępnymi informacjami bank transferował w związku z tym regularnie część zysku bilansowego na oprocentowany kapitał zakładowy. Ponieważ to, jak się wydaje, nie wystarczało, FHH zdecydowało już w 1986 r. o wniesieniu 24 % udziałów w WK (212,160 mln DEM) do HLB. Na początku lat 90-tych w wyniku czwartej nowelizacji ustawy o prawie bankowym (Kreditwesengesetz „KWG”) konieczne było kolejne podwyższenie kapitału własnego HLB, ponieważ w innym przypadku HLB nie spełniałby nowych wymogów dotyczących wskaźników kapitałowych.
- (24) W związku z tym, że w tamtym czasie również FHH nie dysponowało środkami płynnymi w budżecie w wystarczającej wysokości, zdecydowano się na wniesienie wkładu rzeczowego i na dzień 1 stycznia 1993 r. FHH wniosło do HLB 57,68 % udziałów WK (959,362 mln DEM) bezpośrednio oraz pośrednio przez HGV.
- (25) Podano, że łączna wartość przeniesień wyniosła 1 171,522 mln DEM. Z tego 212,160 mln DEM przypadło na wkład w jawny kapitał zapasowy w roku 1986 (24 % udziałów w WK), 659,362 mln DEM na wkład w jawny kapitał zapasowy w roku 1993 (38 % udziałów w WK) i 300 mln DEM na cichy udział spółki HGV w tym samym roku (19,86 % udziałów w WK). Obliczenia opierają się na ekspertyzach dwóch spółek biegłych rewidentów wyceniających WK w latach 1986 oraz 1993. Łączna kwota w wysokości 1 171,522 mln DEM została ujęta w bilansie za rok 1993 oraz w następnych latach obrotowych.

⁽⁶⁾ Dz.U. L 386 z 30.12.1989, str. 14; zastąpiona przez dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. L 126 z 26.5.2000, str. 1).

⁽⁷⁾ Dz.U. L 124 z 5.5.1989, str. 16; zastąpiona przez dyrektywę 2000/12/WE.

⁽⁸⁾ Zgodnie z dyrektywą w sprawie wskaźnika wypłacalności instytucji kredytowe są zobowiązane posiadać środki własne w wysokości co najmniej 8 % aktywów ważonych ryzykiem, podczas gdy zgodnie z poprzednio obowiązującymi w Niemczech przepisami wymagany był wskaźnik w wysokości 5,6 %; jednakże wskaźnik ten opierał się na definicji funduszy własnych, która była węższa niż definicja wiążąca od momentu wejścia w życie dyrektywy w sprawie funduszy własnych.

- (26) Federalny Urząd Nadzoru Bankowości (Bundesaufsichtsamt für des Kreditwesen – zwany dalej „BAKred”) uznał ustalony kapitał w wysokości 212,160 mln DEM za rok 1986. W odniesieniu do łącznego kapitału ustalonego w roku 1993 po kolejnych przeniesieniach BAKred nie uznał początkowo wniosku banku HLB, ponieważ był zdania, że aby uznać WK za udział posiadający wartość, HLB musiały być uprawniony do likwidacji WK. Po zmianie Ustawy o WK w roku 1997, która przewidywała możliwość wydania przez wspólników uchwały o rozwiązaniu na żądanie jednego z udziałowców (również HLB), problem ten został rozwiązany i wniesiony kapitał uznany w pełnej wysokości za obowiązkowy kapitał własny HLB.
- (27) Zgodnie z informacjami Niemiec HLB po obu przeniesieniach znacznie rozszerzył swoją działalność: w okresie od 1986 do 1999 roku suma bilansowa wzrosła z 36,5 mld DEM w roku 1986 do ponad 145 mld DEM w roku 1999.

WYNAGRODZENIE ZA PRZENIESIONE ŚRODKI WŁASNE

- (28) Zgodnie z przekazanymi informacjami FHH nie otrzymało żadnego wynagrodzenia za udziały wniesione w dniu 1 stycznia 1986 r. (24 %, tzn. 212,160 mln DEM). Za udziały przeniesione bezpośrednio na HLB w dniu 1 stycznia 1993 r. (38 %, tzn. 659,362 mln DEM) również nie ustalono żadnego wynagrodzenia; jednak spółka HGV otrzymała za wkład od HLB [...] (*) mln DEM.
- (29) Ustalono, że HGV otrzyma za swój wkład udział w zyskach w wysokości [...], jednak nie więcej niż 10 % rocznie. Według przekazanych informacji od momentu zawarcia tego porozumienia z dnia 23 grudnia 1992 r. do dnia 1 stycznia 1993 r. HLB zapłacił [...] mln DEM.
- (30) Nie ustalono innego wynagrodzenia. Jednak Niemcy wyjaśnili, że FHH jako jedyny udziałowiec banku HLB do 1997 roku otrzymywało przewidzianą w statucie najwyższą roczną dywidendę w wysokości 6 %⁽⁹⁾. Ponadto HLB regularnie przekształcał wypracowane przez niego rezerwy (kapitał zapasowy) w oprocentowany kapitał zakładowy (zdaniem Niemiec jest to porównywalne z emisją akcji gratisowych), co zgodnie z przekazanymi informacjami zaowocowało wskaźnikiem zyskowności na kapitale rzeczywiście wpłaconym przez udziałowców w wysokości [...] % po opodatkowaniu (i odpowiednimi przychodami), dzięki czemu HLB ma najwyższy wskaźnik zyskowności ze wszystkich banków krajów związkowych.

III. PRZYCZYNY WSZCZĘCIA PROCEDURY

- (31) W decyzji o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego z dnia 13 listopada 2002 r. Komisja oświadczyła, że należy zbadać udostępnienie środków przez FHH na rzecz banku HLB pod kątem zasady inwestora rynkowego.

(*) Informacja poufna; poniżej oznaczona [...] lub z podaniem zakresu w [...].

⁽⁹⁾ Obowiązująca od 1997 r., znowelizowana Ustawa o HLB nie przewiduje już najwyższej dywidendy; zgodnie z przekazanymi danymi wypłacona dywidenda wzrosła od tego czasu ponad dwukrotnie i wynosiła w 1999 r. około 21 %.

⁽¹⁰⁾ Dz.U. C 307 z 13.11.1993, str. 3; pkt. 11.

Zgodnie z tą zasadą nawet w przypadku udostępnienia środków przez inwestora publicznego nie mamy do czynienia z pomocą państwa, jeżeli środki te zostaną udostępnione na warunkach, na których także inwestor prywatny, działający zgodnie z normalnymi zasadami rynkowymi, byłby gotów udostępnić te środki przedsiębiorstwu prywatnemu⁽¹⁰⁾ („warunki rynkowe”).

- (32) Instytucja kredytowa uzyskuje korzyść ekonomiczną z posiadania większego kapitału własnego, który powstał w wyniku kwestionowanych przeniesień udziałów w WK, polegającą na wzroście potencjału kredytowego oraz możliwości rozszerzenia działalności. Jeżeli zwiększone środki własne zostaną udostępnione przez inwestora publicznego na warunkach korzystniejszych niż rynkowe, mamy do czynienia ze sprzyjaniem danemu przedsiębiorstwu przy użyciu zasobów państwowych.
- (33) W związku z tym Komisja zbadała wstępnie, czy FHH udostępniło omawiane środki na warunkach rynkowych. W normalnych warunkach rynkowych za wniesienie kapitału o takiej wartości, funkcji oraz za podjęte ryzyko należy zapłacić odpowiednie wynagrodzenie.
- (34) Komisja na podstawie posiadanych w danym momencie informacji, wyraziła wątpliwość co do tego, że wynagrodzenie otrzymane przez FHH oraz spółkę holdingową HGV odpowiada wynagrodzeniu rynkowemu. Zapłacone wynagrodzenie w wysokości [...] mln DEM [...] odpowiadało, jeżeli odnie się je do łącznych przeniesionych środków, ok. [mniej niż 3 %]. Ponieważ w momencie obu przeniesień nawet zysk z kapitału 10-letnich obligacji federalnych, a więc z bezpiecznych inwestycji, wynosił od ponad 6 % do 7 %, w przypadku tego przeniesienia kapitału praktycznie nie można mówić o normalnych warunkach rynkowych. Nawet uwzględniając szczególne okoliczności transakcji, jak brak płynności przeniesionych środków, nie można uznać, że wynagrodzenie otrzymane przez FHH i HGV jest oprocentowaniem zgodnym z warunkami rynkowymi.

- (35) Niemcy oświadczyły, że w momencie przeniesienia sytuacja ekonomiczna HLB była dobra, a wartość przedsiębiorstwa wzrastała z roku na rok. Zyski wypłacono zatem częściowo FHH w postaci dywidendy, a częściowo przeznaczono na kapitał zapasowy z zysku zaliczany do kapitału podstawowego, co zwiększało wartość banku i było korzystne dla FHH, wtedy jedynego udziałowca. Na podstawie ekspertyzy sporządzonej w związku ze sprzedażą udziałów (49 %) bankowi LSH skapitalizowany dochód HLB obliczono na [...] mln DEM na dzień [...], który według wycień wewnątrznych na dzień 31 grudnia 1985 r. wynosił jeszcze [...] mln DEM, a na dzień 31 grudnia 1992 r. [...] mln DEM,

co oznacza średni wzrost wartości o [...] % w latach od 1986 r. do 1992 r. oraz o [...] % w latach od 1993 do 1996 r., z którego to wzrostu FHH jako jedyny udziałowiec do 1997 r. odniosło pełną korzyść, a przy sprzedaży bankowi LSH mogło zrealizować ten dochód proporcjonalnie do posiadanych udziałów. Ponieważ jednak brakowało dodatkowych danych i wyliczeń, jak na przykład odnośnie do dywidendy i wzrostu wartości wynikających z wniesienia udziałów WK, Komisja nie była w stanie przeprowadzić właściwej oceny.

- (36) Na podstawie dostępnych informacji Komisja powzięła poważne wątpliwości, że warunki, na których FHH przeniosło środki, które bank HLB mógł w całości wykorzystać jako obowiązkową podstawę kapitałową, odpowiadają warunkom rynkowym. Komisja doszła zatem do wniosku, że HLB prawdopodobnie odniósł korzyść w wyniku udostępnienia zasobów państwowych.
- (37) Odnośnie do obliczenia wynagrodzenia Komisja oświadczyła, że w tym stadium i po uwzględnieniu szczególnych okoliczności tego przypadku zamierza zastosować metodykę, na której oparła się w decyzji WestLB z dnia 8 lipca 1999 r.
- (38) Ponieważ HLB działa na rynku regionalnym, narodowym i międzynarodowym oraz w związku z tym, że wraz z postępującą integracją sektora usług finansowych na obszarze Wspólnoty zastrza się konkurencja między instytucjami kredytowymi w różnych Państwach Członkowskich, należało założyć, że konkurencja została zakłócona i że pomoc państwa wpłynęła na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi. Komisja doszła więc wstępnie do wniosku, że kwestionowane środki są prawdopodobnie pomocą państwa w znaczeniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE, które budzą wątpliwości co do ich zgodności ze wspólnym rynkiem, ponieważ w omawianej sytuacji nie wydaje się być możliwym zastosowanie wyłączeń wymienionych w art. 87 ust. 2 i 3 Traktatu WE oraz art. 86 ust. 2 Traktatu WE.
- (39) We wstępnej ocenie i zgodnie z art. 1 lit. b) rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE⁽¹¹⁾ Komisja założyła również, że w przypadku tego działania chodzi o nową, a nie o istniejącą pomoc, wskazując przy tym na art. 15 ust. 2 ww. rozporządzenia. W rozporządzeniu przewidziano wszczęcie procedury jako kolejne działanie Komisji przerywające okres przedawnienia w rozumieniu art. 15 ustęp 2 i tym samym potwierdzające wcześniejsze działania włącznie z wnioskami Komisji o udzielenie informacji z dnia 12 stycznia 1993 r., 10 listopada 1993 r., 13 grudnia 1993 r. oraz 1 września 1999 r., a także decyzję o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego w przypadku WestLB⁽¹²⁾ i dostarczoną HLB decyzję o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego w przypadku Banku Kraju Związkowego Berlin⁽¹³⁾.

IV. UWAGI NIEMIEC

- (40) W uwagach Niemcy powtórzyły swoją opinię, że zgodnie z art. 15 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 659/1999 nie można nakazać windykacji przeniesienia 24 % kapitału WK (wartość przekazana na kapitał zapasowy: 212,160 mln DEM) do HLB przeprowadzonego dnia 1 stycznia 1986 r. jako bezprawnie przyznanej pomocy, ponieważ dnia 1 stycznia 1996 r. upłynął dziesięcioletni okres mający zastosowanie dla tego wniesienia.
- (41) To wniesienie (zwane dalej „wniesieniem z 1986 r.”) jest prawnie i ekonomicznie samodzielnym procesem, którego nie należy łączyć z przeniesieniami z 1993 r. O ile Niemcy mówiły najpierw o „chęci inwestowania”, jak zauważyła Komisja w decyzji o wszczęciu procedury, to dotyczyło tylko przeniesień z roku 1993. Również załącznik do umowy („sideletter”) z dnia 22 grudnia 1992 r., o którym jest mowa w piśmie Niemiec z grudnia 1999 r., odnosi się do procesu z 1986 r., co jest tutaj istotne, tylko w takim zakresie, w jakim wspomniano o prawie FHH do żądania zwrotu przeniesionych udziałów obowiązującym w 1986 r. oraz w 1993 r. Ponadto przedstawienie sytuacji przez Niemcy, że zapłacone wynagrodzenie w wysokości [...] mln DEM rocznie odpowiada wynagrodzeniu w wysokości ok. [poniżej 3 %], jeżeli tę kwotę odniesie się do sumy łącznych przeniesień, miało na celu tylko naświetlenie problemu. To jednak nie zmienia faktu, że przeniesienie z roku 1986 prawnie i ekonomicznie jest zupełnie niezależnym procesem.
- (42) Jeżeli jednak przeniesienie z 1986 r. potraktuje się niezależnie od przeniesień z 1993 r., to tylko działanie Komisji w rozumieniu art. 15 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 659/1999 podjęte przed 1 stycznia 1996 r. może przerwać bieg okresu przedawnienia. Pisma z wnioskiem o udzielenie informacji poprzedzające pismo z dnia 1 września 1999 r. były jednak natury ogólnej, w ogóle nie wspominały o HLB i w związku z tym nie spełniają warunków stawianych działaniom Komisji przerywającym bieg okresu przedawnienia w rozumieniu art. 15 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 659/1999. W tym kontekście Niemcy przywołały również orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawie T-369/00, Département du Loiret przeciwko Komisji⁽¹⁴⁾ (zwanej dalej „Scott”). Sąd stwierdził w tym orzeczeniu, że pismo Komisji z prośbą o udzielenie informacji o środku stanowiącym prawdopodobnie pomoc państwa może być działaniem Komisji przerywającym okres przedawnienia w rozumieniu art. 15 ust. 2 rozporządzenia (EG) nr 659/1999. Jednakże w przypadku spornego pisma chodziło o wniosek o udzielenie informacji konkretnie odnoszący się do działki, którą sprzedano przedsiębiorstwu Scott S.A. na warunkach preferencyjnych. W tym piśmie Komisja wyraźnie zwróciła uwagę na to, że zostanie zbadana zgodność z prawem kwestionowanej pomocy i że może nastąpić windykacja pomocy. Zdaniem Niemiec Sąd określił w ten sposób minimalne wymagania, które musi spełniać wniosek o udzielenie informacji, aby uznano go za działanie przerywające bieg okresu przedawnienia.

⁽¹¹⁾ Dz.U. L 83 z 27.3.1999, str. 1, zmieniony Aktem Przystąpienia z 2003 r.

⁽¹²⁾ Dz.U. C 140 z 5.5.1998, str. 9.

⁽¹³⁾ Dz.U. C 239 z 4.10.2002, str. 12.

⁽¹⁴⁾ Zb. Orz. 2003, str. II-1789.

- (43) W omawianym przypadku wnioski Komisji o udzielenie informacji skierowane do Niemiec dnia 12 stycznia 1993 r., 10 listopada 1993 r. i 13 grudnia 1993 r., wymienione w decyzji o wszczęciu procedury, zdecydowanie nie spełniają tych wymagań. Pisma te dotyczyły tylko Zachodniemieckiego Banku Krajowego i zawierały ogólne zapytanie odnośnie do podobnych przeniesień do innych banków krajów związkowych. W żadnym z tych pism nie wymieniono HLB lub FHH. Zdaniem Niemiec zarzut przedawnienia uniemożliwia dalsze badanie transakcji z roku 1986.
- (44) Jeżeli chodzi o ekonomiczną ocenę przeniesienia kapitału, Niemcy potwierdziły najpierw, że HLB mógł korzystać ze wszystkich wniesionych udziałów w WK w roku 1986 oraz w roku 1993 o łącznej wartości 1 171,522 mln DEM jako kapitału własnego. Wniesiony kapitał w żadnym momencie nie miał przeznaczenia celowego i nie podlegał innym ograniczeniom w korzystaniu z niego.
- (45) W tym kontekście należy uwzględnić, że kapitał przeniesiony w 1986 r. został wtedy uznany przez BAKred za obowiązkowy kapitał własny. Cała suma, a więc wraz z przeniesieniem z 1993 r. o wartości 959 mln DEM (38 % udziałów WK przeniesionych bezpośrednio, z których HLB utworzył jawny kapitał zapasowy o wartości 659,362 mln DEM, oraz 19,86 % udziałów WK przeniesionych pośrednio przez HGV, które zostały wniesione do HLB jako cichy udział o wartości 300 mln DEM) została uznana przez BAKred za obowiązkowy kapitał własny dopiero w 1997 r. To wynikało z tego, że dopiero dnia 25 czerwca 1997 r. została zmieniona Ustawa o WK, która przyznała bankowi HLB – jako udziałowcowi – prawo do rozwiązania lub likwidacji WK.
- (46) Niemcy wyjaśniły, że HLB dopiero wtedy ze skutkiem wstecznym od 1 stycznia 1997 r. mógł w pełni wykorzystać przeniesione środki na zabezpieczenie działalności. Pomimo to HLB, jak później wyjaśniły Niemcy, już przed tą datą wykorzystał część kapitału zapasowego na pokrycie działalności, w zaokrągleniu była to kwota 183 mln DEM w 1993 r., ponad 436 mln DEM w 1994 r. i 255 mln DEM w 1995 r. i w końcu 208 mln DEM w roku 1996 (patrz również tabela w pkt. 183). Pozostałe środki kapitału zapasowego nie były pokryte i nie zostały uznane za obowiązkowy kapitał podstawowy. Dopiero od dnia 1 stycznia 1997 r. do wydzielenia WK w związku z połączeniem z LSH przeprowadzonym dnia 2 czerwca 2003 r., w wyniku której powstał HSH Nordbank, kwota 659,4 mln DEM mogła być wykorzystana w pełnej wysokości. Również cichy udział o wartości 300 mln DEM mógł być w całości wykorzystany jako obowiązkowy kapitał podstawowy od 1997 r. do tej daty. Przed 1997 r. środki te nie były pokryte i nie zostały uznane za kapitał podstawowy.
- (47) Jeżeli chodzi o wynagrodzenie, to za cichy udział nieprzerwanie płacono wynagrodzenie w maksymalnej ustalonej wysokości, tj. [...] mln DEM [...], odpowiednio [maksymalnie 10 %]. Za kapitał zapasowy w wysokości 659 mln DEM nie zapłacono żadnego wynagrodzenia.
- (48) Jednakże Niemcy wyjaśniły ponownie, że na wynagrodzenie składa się nie tylko uzgodnione, bezpośrednie oprocentowanie cichego udziału. Po pierwsze należy uwzględnić dywidendy wypłacone jednemu udziałowcowi, FHH, ponieważ zyski wypracowane przez HLB wynikają oczywiście także ze środków przeniesionych przez FHH. FHH jako jedyny udziałowiec do 1997 roku otrzymało przewidzianą w statucie najwyższą roczną dywidendę w wysokości 6 %, a od 1997 roku zmienną, ale rosnącą dywidendę proporcjonalnie do udziału w kapitale zakładowym. Z [...] mln EUR w roku 1985 do roku 1996, kiedy to jeszcze FHH było jedynym właścicielem, wypłaty te wzrosły do [...] mln EUR w roku 1996. W roku 1997 na 50,5 % udziałów FHH przypadły dywidendy w wysokości [...] mln EUR, które do roku 2001 wzrosły do [...] mln EUR.
- (49) Ponadto HLB regularnie przekształcał samodzielnie wypracowany kapitał zapasowy w kapitał akcyjny. Kapitał akcyjny wzrósł z 228,3 mln EUR w roku 1985 do 250,9 mln EUR w roku 1997, i od tamtej pory pozostał na niezmiennym poziomie. Po drugie kapitał zapasowy z zysku od 1985 r. stale wzrastał, a mianowicie z 93,1 mln EUR w roku 1985 do 321,8 mln EUR w roku 2001. Wszystko to świadczy o znacznym wzroście skapitalizowanego dochodu.
- (50) Poza tym należy uwzględnić wzrost wartości, który osiągnięto dzięki wniesionemu kapitałowi i który należy w całości przypisać FHH. Przy tym chodzi o wzrost wartości o [...] % i [...] %, który w całości wynika z wniesienia udziałów WK. Dokładniejsze obliczenia przy zastosowaniu metody skapitalizowanych dochodów Niemcy przedstawiły w swoich uwagach. I tak wartość HLB w latach od 1985 do 1992 roku wrosła o [...] mln DEM, tzn. rocznie o prawie [...] mln DEM, co w odniesieniu do udziału WK wniesionego w 1986 r. oznacza zysk z kapitału w wysokości [...] %. W latach od 1992 do 1995 r. wartość przedsiębiorstwa wzrastała rocznie o [...] mln DEM, co w odniesieniu do udziałów WK wniesionych na dzień 1 stycznia 1993 r. oznacza roczny zysk z kapitału w wysokości [...] %. To świadczy ponownie o tym, że uwzględnivszy wszystkie czynniki, FHH otrzymało odpowiedni zysk z kapitału.
- (51) FHH mogło oczekiwać odpowiedniego zysku z kapitału już w momencie obu przeniesień. Sytuacja ekonomiczna HLB na koniec 1985 r. oraz na koniec 1992 r. była dobra, a tutaj podane przykładowo zyski z kapitału własnego (przed opodatkowaniem) wynosiły od ponad 19 % w roku 1985 poprzez ponad 8-9 % w latach 1989/90 do ponad 12 % w roku 1992. Dla porównania Niemcy przedstawiły samodzielnie obliczone zyski z kapitału własnego pięciu niemieckich banków prywatnych, które ich zdaniem pokazują, że HLB w poszczególnych latach okresu od 1980 do 1992 roku osiągnął wartości nie niższe lub jeśli już, to w poszczególnych latach ok. 1-6 % (przed opodatkowaniem) lub 1-4 % (po opodatkowaniu) niższe od poszczególnych średnich wartości rocznych dla tych pięciu innych instytucji. W ten sposób można powiedzieć, że HLB nie różni się od innych prywatnych banków.

(52) Poza tym Niemcy były zdania, że z powodu braku płynności przeniesionych środków należy je porównać z wkładem rzeczowym. Przy obliczaniu zysku z kapitału zasadniczą kwestią jest różnica między wkładem rzeczowym a gotówkowym, która wynika z kosztów refinansowania udzielonych kredytów rozszerzających zakres działalności lub z niekorzystnej sytuacji, w której nie można bezpośrednio zainwestować gotówkowej równowartości wkładu. Zgodnie z przekazanymi obliczeniami różnica oprocentowania w stosunku do wkładu gotówkowego dla wkładu rzeczowego wniesionego w 1986 r. wynosi 7,6 % w przypadku udzielenia kredytu i ok. 6,8 % w przypadku zyskowej, bezpiecznej inwestycji. Dla wniesienia z dnia 1 stycznia 1993 r. różnica wynosi dokładnie 8,3 % w przypadku udzielenia kredytu i 7,36 % w przypadku bezpiecznej inwestycji. W odniesieniu do zysku z kapitału brutto oznacza to dla hipotetycznie zainwestowanego kapitału w gotówce i rzeczywiście wniesionego kapitału nieposiadającego płynności różnicę ok. 6 % (w 1986 r.) lub 6,6 % (w 1993 r.). Tę niekorzystną sytuację musi uwzględnić również inwestor rynkowy, ustalając odpowiednie wynagrodzenie.

V. UWAGI BDB

(53) BdB uważa rzeczywiście zapłacone wynagrodzenie za niewystarczające. Za udziały WK wniesione dnia 1 stycznia 1986 r. nie ustalono żadnego wynagrodzenia, a za udziały przeniesione w 1993 r. tylko odsetki płatne z cichego udziału. Odnosząc to do łącznego wniesionego kapitału daje to wynagrodzenie roczne poniżej 3 %, którego w żadnym wypadku nie można uznać za rynkowe. FHH nie podniosło roszczenia o odpowiednie wynagrodzenie nie dlatego, że był jednym udziałowcem HLB. Decydujące było oczekiwanie przynajmniej średniego zysku z kapitału, które jest charakterystyczne również dla banków prywatnych w przypadku udostępniania kapitału własnego spółkom zależnym.

(54) Zgadza się wprawdzie, że to oczekiwanie w stosunku do zysku z kapitału nie zawsze znajduje wyraz w uzgodnieniu stałego oprocentowania, ponieważ odzyskanie zainwestowanego kapitału przez spółkę matkę odbywa się zarówno w drodze wzrostu skapitalizowanego dochodu, jak i idącego z tym w parze wzrostu wartości przedsiębiorstwa zależnego. Jednak oczekiwanie zysku z kapitału na poziomie rynkowym jest równe uzgodnieniu stałego oprocentowania.

(55) W związku z tym FHH jako inwestor rynkowy musiało oczekiwać od HLB zysku z kapitału na poziomie rynkowym. Takiego założenia jednak nie mogło przyjąć FHH.

(56) Najwyraźniej już podczas wniesienia z dnia 1 stycznia 1986 r. zgodnie z informacją Senatu dla Parlamentu kraju związkowego (Bürgerschaft) z dnia 17 grudnia 1985 r. należało się liczyć z zyskiem z kapitału poniżej średniej, tj. od 0,3 do 0,5 mln DEM (wg BdB odpowiednio 0,1 do 0,2 %). Ponieważ dywidendy miały być wypłacane dopiero po rzeczywistym rozszerzeniu działalności, najwyraźniej w pierwszych latach nie było wynagrodzenia dla FHH. Nie należy również

uwzględniać dywidend rzeczywiście wypłaconych na rzecz FHH, ponieważ w opisanych warunkach inwestor prywatny zażądałby stałego wynagrodzenia rocznego. Nie należy też uwzględniać rezerw i zysków przekształconych w kapitał zakładowy.

(57) Nie można było tutaj również oczekiwać realizacji prawdopodobnych wzrostów wartości, ponieważ nie można było dysponować udziałami w HLB. W związku z tym udziały nie podlegały stałej wycenie. Pomoc nie została zakończona w związku ze sprzedażą 49,5 % udziałów bankowi LSH, która nastąpiła w 1997 r. Sprzedaż nastąpiła po inwestycji i w związku z tym nie ma żadnego znaczenia dla oczekiwanego wynagrodzenia. Ocena środka w świetle przepisów o pomocy państwa dotyczy przede wszystkim tego, czy proces został przeprowadzony w normalnych warunkach rynkowych.

(58) Z tego wszystkiego wynika, że inwestor prywatny zainwestowałby w tych warunkach, tylko jeżeli w niedługim czasie możliwe byłoby wygenerowanie przychodów lub przepływów pieniężnych w formie stałej dywidendy albo zmiennych przepływów pieniężnych. W takiej sytuacji inwestor prywatny prawdopodobnie wybrałby stałe oprocentowanie. Przemawia za tym również fakt, że FHH nie przyznano prawa zwrotu WK bez świadczenia zwrotnego – wyrównania do wartości księgowej.

(59) Obliczając wynagrodzenie rynkowe BdB założyło najpierw, że za przeniesione środki należy zapłacić wynagrodzenia jak za kapitał zakładowy, ponieważ zaliczają się one do kapitału podstawowego uznanego przez nadzór bankowy. BdB twierdzi, że obliczając odpowiedni zysk z udostępnionego kapitału należy się oprzeć na zysku z bezpiecznych inwestycji oraz na premii za ryzyko, tzn. zastosować następującą zasadę: oczekiwany zysk z inwestycji obciążonej ryzykiem = zysk z bezpiecznej inwestycji + premia za ryzyko inwestycji.

(60) BdB obliczyło wynagrodzenia minimalne przy zastosowaniu metody wyceny aktywów kapitałowych (capital asset pricing models – zwanej dalej „CAPM”), która pozwala na obliczenie oczekiwanej indywidualnej premii za ryzyko przy pomocy tzw. współczynnika beta (statystycznie mierzone odchylenie indywidualnej premii za ryzyko od ogólnej, długoterminowej rynkowej premii za ryzyko).

(61) Przy obliczeniu zysku z bezpiecznej inwestycji BdB uwzględniło zyski z długoterminowych obligacji państwowych, ponieważ inwestycje w papiery wartościowe o stałym oprocentowaniu emitowane przez państwo są obciążone najniższym ryzykiem lub nie są obciążone żadnym ryzykiem⁽¹⁵⁾.

(62) W celu obliczenia premii za ryzyko BdB oblicza najpierw tzw. ogólną premię za ryzyko rynkowe, tzn. różnicę między średnim zyskiem z długoterminowej inwestycji w portfel akcji dostępnych na rynku a zyskiem z bezpiecznej

⁽¹⁵⁾ Aby wykluczyć efekty inflacyjne, dla każdego okresu wniesienia należy obliczyć stopę zwrotu dla długoterminowych obligacji państwowych najpierw bez uwzględnienia prognoz inflacyjnych. W celu obliczenia stopy podstawowej długoterminowych bezpiecznych papierów wartościowych do „realnej stopy podstawowej” w przedmiotowym momencie dodano prognozowaną średnią, długoterminową stopę inflacyjną w wysokości 3,60 %.

inwestycji (obligacje państwowe). W swoich uwagach z dnia 25 czerwca 2003 r. BdB przyjęło wstępnie jednolitą premię za długoterminowe ryzyko rynkowe w wysokości 4,6 %.

- (63) Przy czym BdB poinformowało, że oblicza współczynnik beta na podstawie próbki losowej danych historycznych dla porównywalnych banków. BdB otrzymało wynik, zgodnie z którym wszystkie współczynniki beta dla wszystkich banków krajów związkowych w uwzględnionych okresach są większe niż jeden, co oznacza, że BdB uważało, że premia za ryzyko inwestycji w banki krajów związkowych powinna być wyższa niż premia za ryzyko rynkowe.
- (64) Zakładając stopę procentową bezpiecznych papierów wartościowych w wysokości 8,05 % (grudzień 1985 r. dla przeniesienia z roku 1986) oraz 5,90 % (grudzień 1992 r. dla przeniesienia z roku 1993) oraz współczynnik beta dla HLB w wysokości 1,1660 (pierwsze przeniesienie) oraz 1,0836 (drugie przeniesienie), BdB obliczyło minimalne wynagrodzenie za udziały wniesione na dzień 1 stycznia 1986 r. na poziomie 13,41 %, a za udziały wniesione na dzień 1 stycznia 1993 r. na poziomie 10,88 %.
- (65) BdB stwierdziło ponadto, że Sąd Pierwszej Instancji potwierdził stopę, którą Komisja w decyzji 2000/392/WE odjęła od minimalnego wynagrodzenia w związku z brakiem płynności majątku Wfa. Tym samym nie ma powodu, aby w omawianym przypadku rezygnować z tej metody, i także tutaj konieczne jest potrącenie w związku z brakiem płynności. Wysokość potrącenia za brak płynności, zgodnie z metodyką w przypadku WestLB, wynika z kosztów refinansowania netto (koszty refinansowania brutto minus odpowiedni podatek od przedsiębiorstw).
- (66) BdB stało ponadto na stanowisku, że marża na minimalne wynagrodzenie zastosowana przez Komisję w decyzji 2000/392/WE (1,5 %), potwierdzona przez Sąd Pierwszej Instancji, ma zastosowanie również w przypadku HLB. Jeżeli również w innych przypadkach banków krajów związkowych zaistniały okoliczności zwiększające ryzyko w stosunku do „normalnej inwestycji w kapitał zakładowy”, jak częściowo znaczna wartość transferowanych aktywów, brak emisji nowych udziałów w spółce i związana z tym rezygnacja z dodatkowych praw głosu, a także brak płynności aktywów, to zdaniem BdB również w tych przypadkach marża jest uzasadniona.
- (67) Zamiast zysku z kapitału obliczonego w ten sposób FHH nie uzgodniło i nie otrzymało żadnego wynagrodzenia za przeniesienie z roku 1986, a za przeniesienie z roku 1993 r. otrzymało za niskie wynagrodzenie. Za ostatnie wniesienie, które dopiero w 1997 r. zostało uznane przez nadzór bankowy za kapitał podstawowy, HLB wypłacał od 1993 r. roczny udział w zysku składający się z gwarantowanego wynagrodzenia w wysokości 7 % oraz części zmiennej (stała stopa procentowa w wysokości 0,5 % na dywidendę

z zysku bilansowego). Rzeczywista wysokość była BdB nieznaną. Tym niemniej w związku z porównywalnością z kapitałem zakładowym wynagrodzenie wydaje się za niskie. Ponadto wynagrodzenie płacono HGV, która jest wprawdzie spółką holdingową FHH, ale ekonomicznie jest jednostką samodzielną, podczas gdy FHH nie otrzymało żadnego wynagrodzenia. Za wniesienie pozostałych udziałów do kapitału zapasowego w ogóle nie ustalono wynagrodzenia.

- (68) Bieg okresu przedawnienia w stosunku do przeniesienia udziałów z dnia 1 stycznia 1993 r. został przerwany przez wniosek Komisji o udzielenie informacji z dnia 1 września 1999 r. oraz przez decyzję o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego z dnia 13 listopada 2002 r. W stosunku do wniesienia z dnia 1 stycznia 1986 r. BdB, negując przedawnienie, opiera się na koncepcji prawnej czynu ciągłego. Znajduje ona swój odpowiednik również w orzecznictwie w klasycznym prawie konkurencji. W omawianym przypadku spełnione są przesłanki związku ciągłości, ponieważ wszystkie przeniesienia miały związek z jednolitą koncepcją wzmocnienia kapitałowego i rozszerzenia działalności i odbyły się według tego samego wzorca. Także nowe wymagania w stosunku do wypłacalności kapitałowej nie pozwalają na osobne rozpatrywanie przeniesienia z dnia 1 stycznia 1993 r. Przeniesienia z roku 1986 i z roku 1993 należy potraktować jako jedno działanie kapitałowe, a pomoc za przyznaną w całości dopiero 1 stycznia 1993 r.
- (69) W związku z tym nie ma znaczenia, czy pisma Komisji z wnioskami o udzielenie informacji z roku 1993 mogły przerwać bieg okresu przedawnienia. Przy czym BdB stwierdza jednak, że bieg okresu przedawnienia dla pomocy przyznanej HLB zostałby przerwany tylko w takim przypadku, gdyby pisma te dotyczyły właśnie tej pomocy. Ponieważ BdB nie zna dokładnie treści tych pism, nie może zająć w tej sprawie wiążącego stanowiska.

VI. REAKCJA NIEMIEC NA UWAGI BDB

- (70) Niemcy twierdziły najpierw, że BdB źle zinterpretowało orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie WestLB z dnia 6 marca 2003 r. (zwany dalej „orzeczeniem w sprawie WestLB”). BdB uważało najwyraźniej, że orzeczenie stwierdzało jasno, że wzrost wartości w wyniku dokapitalizowania nie jest rynkowym zyskiem z kapitału. Jednak w tej sprawie Sąd nie wypowiedział się wiążąco. Stanowisko Sądu, zgodnie z którym prywatny inwestor w normalnych warunkach nie zadowoliliby się minimalizacją strat lub ograniczonym zyskiem z kapitału, również wtedy, gdy już posiada udziały w przedsiębiorstwie, w które ponownie inwestuje, nie mówi nic na temat oceny zysku z kapitału z punktu widzenia przepisów dotyczących pomocy państwa, który nie ma formy stałego oprocentowania, ale na przykład wynika ze wzrostu wartości przedsiębiorstwa.

- (71) BdB wyraźnie to przyznało, przytaczając dokapitalizowania przeprowadzone przez banki prywatne na rzecz ich spółek zależnych, że oczekiwany zysk z kapitału nie znajduje wyrazu w uzgodnieniu stałego oprocentowania, lecz w dywidendzie oraz we wzroście skapitalizowanego dochodu oraz w idącym z tym w parze wzrostem wartości. W tym kontekście należy również zauważyć, że kwestionując możliwość realizacji wzrostu wartości banku HLB, BdB niewłaściwie ocenia sytuację, ponieważ wbrew opinii BdB nie można było dysponować 49,5 % udziałów, ponieważ w 1997 r. zostały one sprzedane LSH.
- (72) Minimalne zyski z kapitału obliczone przez BdB metodą CAPM w wysokości 13,41 % (przeniesienie z roku 1986) oraz 10,88 % (łącznie przeniesienie z roku 1993) są niepoprawne. Po pierwsze zastosowaniu metody CAPM towarzyszą zasadnicze, a sposobowi zastosowania jej przez BdB szczególne wątpliwości. I tak BdB między innymi ograniczyło portfel rynkowy do akcji tworzących niemiecki indeks giełdowy CDAX, wyliczyło parametry tylko na podstawie częściowo historycznych danych, nie sprawdzając ich adekwatności dla terminu przeprowadzonej inwestycji, wyliczyło premię za ryzyko rynkowe na podstawie ekspertyzy dotyczącej tylko średniego zysku z kapitału z niemieckich akcji w latach od 1954 do 1988 r., a do obliczenia współczynników beta zastosowało dane banków tworzących indeks CDAX, uznając ich profil działalności i ryzyka za porównywalny. W ten sposób prawie wszystkie czynniki istotne w metodzie CAPM zostały obliczone niewłaściwie, a minimalne rynkowe zyski z kapitału z kwestionowanych transakcji ustalone na zbyt wysokim poziomie.
- (73) Ponadto dla uzasadnienia marży za szczególne cechy transakcji BdB powołało się tylko na kryteria wymienione w decyzji 2000/392/WE, nie przeprowadzając rozróżnienia ilościowego, jak to krytykowano w orzeczeniu w sprawie WestLB. Następnie z powodu braku płynności należy odjąć pełną stopę refinansowania, ponieważ jest absolutnie niedopuszczalne, aby przytaczany przez BdB efekt zwolnienia podatkowego postrzegany jako potrącenie w związku z brakiem płynności kompensować z odpowiednim zyskiem z kapitału. Tutaj popełniono zasadniczy błąd. Oczekiwany przez inwestora zysk z kapitału nie ma żadnego związku z bilansowym efektem podatkowym dla przedsiębiorstwa.
- (74) Nie odstępując od swojego poglądu prawnego, Niemcy obliczyły rynkowy zysk z kapitału alternatywnie do kalkulacji BdB. Przy tym Niemcy uwzględniły tylko transakcję z 1993 r., ponieważ przeniesienie z 1986 r. ich zdaniem przedawniło się.
- (75) Niemcy były zdania, że najpierw należy przeanalizować profil ryzyka obu wkładów rzeczowych. Zgodnie z tym należy najpierw porównać cichy udział z innymi o równie długim czasie trwania (16 lat). Uwzględniając profil ryzyka, jak praktycznie zwolnienie z odpowiedzialności w przypadku upadłości w związku z istnieniem poręczenia państwowego (Anstaltslast), irrelewantność podziału praw do głosu w związku z tym, że FHH jest właścicielem 100 % udziałów, udział w stratach, kolejność roszczenia o wypłatę dywidendy oraz czas trwania, kapitał zapasowy można najlepiej porównać z bezterminowym cichym udziałem. Na tej podstawie Niemcy, aby ustosunkować się do uwag BdB, połączyły oba instrumenty w celu obliczenia wynagrodzenia, jednak ważyły ich udział w łącznym wniesieniu wg wkładu terminowego i bezterminowego. Po odjęciu pełnych kosztów refinansowania Niemcy obliczyły wynagrodzenie za łączne wniesienie w wysokości 1,48 %.
- (76) Nie odstępując od swojego poglądu prawnego, Niemcy w swojej kontrargumentacji obliczyły zysk z kapitału zapasowego również wg metody CAPM. Zakładając premię za ryzyko rynkowe w wysokości 3 % oraz współczynnik beta dla HLB w wysokości 0,7861, w przypadku zwiększenia kapitału zapasowego otrzymujemy hipotetyczny minimalny zysk z kapitału dla wkładów gotówkowych w wysokości 9,74 %, od którego jednak w związku z brakiem płynności należy odjąć pełne koszty refinansowania, co daje rzeczywisty, rynkowy minimalny zysk z kapitału w wysokości 2,36 %. Ponieważ nie ma obrotu cichymi udziałami na rynku wtórnym, Niemcy nie zastosowały dla tych instrumentów metody CAPM, natomiast porównały je z podobnymi instrumentami finansowymi. Po odjęciu pełnych kosztów refinansowania otrzymujemy marżę w wysokości 1,29 % dla bezterminowych cichych udziałów porównywalnych z wkładem HLB. Po zliczeniu i ważeniu otrzymujemy łączne wynagrodzenie w wysokości 2,08 %.
- (77) W stosunku do kwestionowanego przedawnienia, które BdB motywuje związkiem obu transakcji, Niemcy powtórzyły zarzuty przytoczone już w uwagach i stwierdziły ponownie, że transakcja z 1986 r. jest prawnie i rzeczywiście niezależna od przeniesienia z roku 1993, co potwierdzają pierwotnie oraz później przekazane dokumenty. Ponadto koncepcja prawna czynu ciągłego, na którą powołuje się BdB, jest sporna także wśród sędziów karnistów Trybunału Federalnego. Konstrukcji związku ciągłości w europejskim prawie kartelowym, która jest wyraźnie uregulowana w rozporządzeniu dotyczącym okresów przedawnień w postępowaniach i wykonywaniu sankcji, nie można przenieść na inne kwestie rozpatrywane w świetle przepisów dotyczących pomocy państwa, zwłaszcza że rozporządzenie (WE) nr 659/1999 nie zna konstrukcji związku ciągłości.

VII. POROZUMIENIE MIĘDZY BDB, FHH ORAZ HSH NORDBANK

- (78) Dnia 8 października 2004 r. Komisja otrzymała wyniki porozumienia pomiędzy głównym skarżącym BdB, FHH oraz HSH Nordbank, który powstał z połączenia LSH i HLB w 2003 r. Niezależnie od nadal istniejących zasadniczych różnic w prezentowanych stanowiskach prawnych, strony porozumienia uzgodniły zasadniczą metodykę obliczenia

zysku z kapitału jako porównywalnego, bezpośredniego i stałego wynagrodzenia. Ponadto ustalono odpowiednie wynagrodzenie w stosunku do dokonanego w 1993 r. przeniesienia 38 % udziałów WK o wartości 959,4 mln DEM do kapitału zapasowego. Odnośnie do pośredniego wniesienia 19,86 % udziałów WK o wartości 300 mln DEM do cichego udziału, które również miało miejsce dnia 1 stycznia 1993 r., ustalono wprawdzie zasadę stałego wynagrodzenia, ale nie sposób obliczenia, brak jednomyślności dotyczył przede wszystkim kwestii potrącenia za brak płynności (patrz pkt 81 do 203). Strony proszą Komisję, aby uwzględniła wyniki porozumienia przy podejmowaniu decyzji. Porozumienie nie dotyczy przeniesienia z 1986 r.; strony oświadczyły, że nie będą podważać ostatecznej decyzji Komisji w kwestii przedawnienia tego przeniesienia.

- (79) Strony obliczyły najpierw przy pomocy metody CAPM minimalne rynkowe wynagrodzenie za wniesienie do kapitału zapasowego (959 mln DEM). Zakładając stopę procentową bezpiecznych papierów wartościowych w wysokości 7,23 %, ogólną premię za ryzyko rynkowe w wysokości 4 % oraz współczynnik beta na poziomie 0,74, zgodnie z porozumieniem odpowiednie minimalne wynagrodzenie za udziały wniesione do kapitału zapasowego powinno wynosić 10,19 %. Ponieważ FHH było jedynym udziałowcem nie uzgodniono dodatkowej marży, jak na przykład za brak praw głosu. Wreszcie ustalono potrącenie 3,62 % za brak płynności kapitału (na podstawie stopy procentowej bezpiecznych papierów wartościowych jako kosztów refinansowania brutto, z których 50 % stanowią podatki dochodowy od osób prawnych oraz podatek solidarnościowy, w celu obliczenia kosztów refinansowania netto). Wynikiem jest odpowiednie wynagrodzenie w wysokości 6,57 %.
- (80) Za wniesienie 300 mln DEM do cichego udziału HSH Nordbank i FHH obliczyły marżę na wynagrodzenie w wysokości 129 punktów bazowych, ponieważ koszty refinansowania brutto należy potrącić. BdB również preferowało obliczenie według metody CAPM, i stosując niższy współczynnik beta (0,32) dla tej szczególnej transakcji, która nastąpiła w tym samym momencie, oraz potrącenie za brak płynności po opodatkowaniu w wysokości 3,62 % (koszty refinansowania netto), uznało, że odpowiednie wynagrodzenie wynosi 4,89 %.

VIII. OCENA ŚRODKÓW

1. PRZEDAWNIE

- (81) Niemcy stały na stanowisku, że dla przeniesienia 24 % udziałów, przeprowadzonego dnia 1 stycznia 1986 r. i podwyższającego kapitał HLB o 212,160 mln DEM, jeżeli stanowi ono w ogóle pomoc, upłynął dziesięcioletni okres przedawnienia przewidziany w art. 15 rozporządzenia (WE) nr 659/1999. Wnioski o udzielenie informacji wystosowane przez Komisję dnia 12 stycznia 1993 r., 10 listopada 1993 r. i 13 grudnia 1993 r., a więc przed 1 stycznia 1996 r., dotyczyły kwestii ogólnych i w związku z tym nie mogą być traktowane jako działania przerywające bieg okresu przedawnienia zgodnie z art. 15 ust. 2 wspomnianego rozporządzenia.

- (82) Po dokładnym zbadaniu tej kwestii Komisja przychyliła się do tego poglądu i nie będzie dalej badać przeniesienia z dnia 1 stycznia 1986 r. w świetle przepisów dotyczących pomocy państwa.
- (83) Należy stwierdzić, że art. 15 ust 1 rozporządzenia (WE) nr 659/1999, które weszło w życie dnia 16 kwietnia 1999 r., określający okres windykacji pomocy przyznanej bezprawnie, dotyczy każdego środka przyjętego po wejściu w życie rozporządzenia w celu ostatecznej windykacji pomocy, również jeżeli pomoc została przyznana przez wejściem w życie rozporządzenia⁽¹⁶⁾. Za początek dziesięcioletniego okresu, w którym Komisja może nakazać windykację bezprawnie przyznanej pomocy, uznaje się dzień, w którym pomoc została przyznana, nawet jeśli rozporządzenie nie obowiązywało w tym momencie⁽¹⁷⁾.
- (84) Przeniesienie z dnia 1 stycznia 1986 r. było jednorazowym, a nie powtarzającym się działaniem państwa. To odróżnia tę pomoc od innych uregulowań państwa, które przewidują działania powtarzające się, jak na przykład coroczne dotacje lub zwolnienia podatkowe. W związku z tym wniesienie z roku 1986 nie ma żadnego prawnego lub rzeczywistego związku z przeniesieniem z roku 1993. Również aneks do umowy („sideletter”) z dnia 22 grudnia 1992 r. wymienione w piśmie Niemiec z grudnia 1999 r. i dostarczone później nie mówi nic o zgodnej chęci inwestycji w przypadku obu przeniesień, jak to twierdzono wcześniej. Wspomniany aneks do umowy odnosi się tylko do przeniesienia z 1993 r. i przejmując w tym celu określoną regulację przeniesienia z 1986 r. do zastosowania przy przeniesieniu kolejnych udziałów dnia 1 stycznia 1993 r., a mianowicie prawo FHH do żądania przeniesienia udziałów WK.
- (85) Przeniesienie przeprowadzone przez FHH w dniu 1 stycznia 1986 r. należy uznać za moment przyznania bezprawnej pomocy, jeżeli jest ona w ogóle pomocą bezprawną. W wyniku prawomocnego wniesienia środków na ww. warunkach HLB prawdopodobnie odniósł korzyść, która jest tutaj omawiana. HLB dysponował środkami od 1 stycznia 1986 r.; zostały one uznane przez BAKred na rok 1986. Okres dziesięcioletni upływa zatem 1 stycznia 1996 r.
- (86) Zgodnie z art. 15 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 659/1999 bieg tego okresu przerywa jakiegokolwiek działanie podejmowane przez Komisję lub Państwo Członkowskie działające na wniosek Komisji w odniesieniu do pomocy przyznanej bezprawnie. W orzeczeniu „Scott” Sąd Pierwszej Instancji stwierdził, że wniosek Komisji o udzielenie informacji, wystosowany przed wejściem w życie ww. rozporządzenia, dotyczący dokładnie zdefiniowanego środka, który może być pomocą, nie może wprawdzie w tym momencie przerwać biegu dziesięcioletniego okresu przedawnienia, należy mu jednak przypisać takie działanie, jeżeli Komisja skorzysta ze swoich kompetencji w zakresie windykacji kwestionowanej pomocy po wejściu w życie rozporządzenia⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Orzeczenie w sprawie T-369/00 („Scott”); patrz przypis 16.

⁽¹⁷⁾ Tamże

⁽¹⁸⁾ Tamże, pkt. 57.

- (87) W omawianym przypadku wnioski Komisji o udzielenie informacji wystosowane przed 1 stycznia 1996 r. nie spełniają wymagań stawianych działaniu przerywającemu bieg dziesięcioletniego okresu przedawnienia, ponieważ działania te nie dotyczyły pomocy przyznanej bezprawnie, czego wymaga art. 15 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 659/1999.
- (88) Aż do wniosku o udzielenie informacji z dnia 1 września 1999 r. Komisja w żadnym piśmie skierowanym do Niemiec nie pytała o przeniesienia, które miały miejsce w Hamburgu, ani nie wymieniała FHH lub HLB. Trzy pisma z 1993 r. odnoszą się wyłącznie do przeniesienia WfA do WestLB; pisma te zawierały tylko ogólne zapytania odnośnie do możliwych podobnych przeniesień do innych banków krajów związkowych w innych krajach związkowych. Wniosek o udzielenie informacji z dnia 10 listopada 1993 r. oprócz WestLB dotyczył jeszcze tylko Berlina, Szlezewiku-Holsztyna oraz Dolnej Saksonii. Wprawdzie BdB w obu swoich pismach z roku 1994 oraz w piśmie z dnia 3 stycznia 1995 r. zwróciło uwagę na przeniesienia FHH do HLB, Komisja zareagowała na to jednak dopiero pismem z dnia 1 września 1999 r. i poprosiła o informacje dotyczące przeniesień, które miały miejsce w Hamburgu.
- (89) Tak więc przed końcem dziesięcioletniego okresu dotyczącego windykacji pomocy, który upływał dnia 1 stycznia 1996 r., Komisja nie podjęła żadnych widocznych działań w celu zbadania przeniesień do HLB. Korespondencja dotycząca WestLB oraz ogólne pytania o możliwe przeniesienia w innych krajach związkowych nie mogą zastąpić wniosku o udzielenie informacji o konkretnym środku, który może być pomocą. W przeciwnym razie nawet ogólne, wysyłane co dziesięć lat okólniki Komisji przerywałyby okres przedawnienia, podważając jego sens.
- (90) Zdaniem Komisji Niemcy i HLB w związku ze szczególnymi okolicznościami przeniesienia z 1986 r. mogą się powoływać na pewność prawną i zasadę poufności, nawet jeżeli wniesienie nie zostało zgłoszone zgodnie z art. 88 Traktatu WE. Należy przy tym uwzględnić, że prawo dotyczące pomocy państwa oraz praktyka kontroli w tym momencie nie były jeszcze tak zaawansowane jak to ma miejsce, począwszy od lat 90-tych. Dotyczy to szczególnie kwestii dokapitalizowania przedsiębiorstw przez właścicieli państwowych oraz na przykład zasady inwestora rynkowego, którą rozwinięto i zastosowano w praktyce dopiero po pierwszym przeniesieniu do HLB. W tym zakresie władze niemieckie i bank HLB, który w 1986 r. przeniósł udziały między dwoma przedsiębiorstwami należącymi do niego w 100 %, nie mogły wówczas zakładać, że tym samym zaistniała pomoc państwa i w konsekwencji konieczność jej zgłoszenia.
- (91) Komisja uznaje zatem, że upłynął okres dziesięcioletni wymieniony w art. 15 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 659/1999. Wniesienie 24 % udziałów WK do HLB w dniu 1 stycznia 1986 r., które może być pomocą, należy więc uznać za istniejącą pomoc w znaczeniu art. 15 ust. 3 wspomnianego rozporządzenia. Tekst zamieszczony poniżej dotyczy wyłącznie przeniesień z dnia 1 stycznia 1993 r.

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

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

2.1. Zasoby państwowe i sprzyjanie określonemu przedsiębiorstwu

- (93) Jak już wspomniano wcześniej, dnia 1 stycznia 1993 r. przeniesiono łącznie prawie 58 % udziałów, które FHH posiadało w WE, bezpośrednio lub pośrednio (cichy udział poprzez spółkę HGV) do HLB. Stanowią one zasoby państwowe w znaczeniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE.
- (94) Korzyść ekonomiczna z rozszerzenia bazy kapitałowej polega na wynikającym z tego wzroście potencjału kredytowego oraz możliwości rozszerzenia działalności. Jeżeli dodatkowy kapitał własny zostanie udostępniony przedsiębiorstwu na warunkach korzystniejszych niż rynkowe, mamy do czynienia ze sprzyjaniem w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE. Do zbadania tej kwestii Komisja stosuje „zasadę inwestora rynkowego”. Trybunał Sprawiedliwości oraz Sąd Pierwszej Instancji zaakceptował i rozwinął tę zasadę w szeregu spraw, a w szczególności w orzeczeniu Sądu Pierwszej Instancji z dnia 6 marca 2003 r. w sprawie WestLB, który ma znaczenie dla tego przypadku ⁽¹⁹⁾.

a) Zasada inwestora rynkowego

- (95) Zgodnie z zasadą inwestora rynkowego nie stanowi pomocy państwa udostępnienie zasobów kapitałowych na warunkach, „na których inwestor prywatny, działający zgodnie z normalnymi zasadami gospodarki rynkowej,

⁽¹⁹⁾ Patrz przypis 3.

byłby skłonny udostępnić te środki przedsiębiorstwu prywatnemu⁽²⁰⁾. Natomiast uważa się, że inwestor rynkowy nie zaakceptowałby działania finansowego, jeżeli, co należy zbadać, oczekiwane lub uzgodnione wynagrodzenie za wniesione środki byłoby niższe niż wynagrodzenia płacone na rynku za porównywalne inwestycje.

- (96) Zasada inwestora rynkowego w takim samym stopniu dotyczy wszystkich przedsiębiorstw publicznych, i to niezależnie od tego, czy przynoszą one zyski, czy straty. To stanowisko Komisji potwierdził Sąd Pierwszej Instancji w orzeczeniu w sprawie WestLB⁽²¹⁾.
- (97) Komisja w swojej ocenie musi oprzeć się na danych dostępnych inwestorowi w momencie podejmowania przez niego decyzji w sprawie kwestionowanego działania finansowego. Odnosne władze zadecydowały o tutaj ocenianym przeniesieniu pod koniec 1992 r., a dnia 1 stycznia 1993 r. weszło ono w życie. I tak Komisja musi ocenić transakcję na podstawie wtedy dostępnych danych, oraz uwzględniając sytuację gospodarczą i rynkową w tamtym czasie. Dane przytoczone w tej decyzji, a odnoszące się do lat późniejszych, mają tylko za zadanie zilustrowanie sytuacji.
- (98) Jeżeli udziałowiec publiczny postanawia, że należy dokapitalizować bank, aby sprostał on wymaganiom dotyczącym kapitału własnego, pojawia się pytanie, czy inwestor rynkowy zaakceptowałby te szczególne okoliczności udostępnienia kapitału. Jeżeli dokapitalizowanie jest konieczne, aby spełnić wymagania dotyczące adekwatności kapitałowej, inwestor rynkowy zgodziłby się na takie działanie, aby utrzymać wartość dotychczasowych inwestycji. Zażądałby on jednak odpowiedniego zysku z kapitału z nowego dokapitalizowania, uwzględniając przy tym profil ryzyka.
- (99) Inwestor rynkowy weźmie pod uwagę możliwości inwestycyjne poza przedsiębiorstwem, także jeżeli już posiada udziały w danym przedsiębiorstwie. Podejście on decyzję o inwestycji dalszych środków w przedsiębiorstwo publiczne z reguły tylko wówczas, jeśli może oczekiwać odpowiedniego zysku z dodatkowo zainwestowanych środków. Samo tylko uniknięcie strat lub lepsze niż wcześniej wykorzystanie kwestionowanych środków zasadniczo nie mogą być brane pod uwagę przy rozstrzygnięciu kwestii, czy dane wniesienie kapitału stanowi pomoc państwa. Zamiast tego wniesienie kapitału przez udziałowca – niezależnie od tego, z jakich powodów do niego dochodzi – należy ocenić według tego, czy inwestor może liczyć na zwykły zysk z kapitału w odpowiednim okresie.
- (100) Powyższa interpretacja zasady inwestora rynkowego, którą Komisja zastosowała już w decyzji 2000/392/WE⁽²²⁾, nie została zakwestionowana przez Sąd. Sąd wziął pod uwagę, że prywatnemu inwestorowi, który posiada już udziały w przedsiębiorstwie, nie wystarczyłby fakt, że dana

inwestycja nie przynosi strat lub też przynosi tylko ograniczone zyski. Raczej brałby on zawsze pod uwagę odpowiedni zysk z inwestycji w zależności od okoliczności oraz od swoich krótko-, średnio- i długoterminowych interesów⁽²³⁾.

- (101) Z punktu widzenia zasady inwestora rynkowego główną kwestią niniejszego postępowania wyjaśniającego jest sprawa tego, czy inwestor rynkowy przeniósłby kapitał posiadający te same cechy co majątek funduszu celowego FHH na takich samych warunkach, w szczególności w odniesieniu do przewidzianego zysku z kapitału.

b) Artykuł 295 Traktatu WE

- (102) Zgodnie z art. 295 Traktatu WE zasady prawa własności obowiązujące w poszczególnych Państwach Członkowskich pozostają bez zmian. Nie usprawiedliwia to jednakże naruszania reguł konkurencji określonych w Traktacie.
- (103) Niemcy uzasadniały, że przeniesionych środków nie można było spożytkować w inny, bardziej opłacalny sposób niż poprzez wniesienie do podobnej instytucji publicznej. Dlatego też przeniesienie stanowiło najbardziej sensowne komercyjne zaangażowanie majątku. Każde wynagrodzenie za wniesienie, tzn. każdy dodatkowy zysk z przeniesionego kapitału, byłby wystarczający, aby uzasadnić przeniesienie ze względu na zasadę „inwestora rynkowego”.
- (104) Powyższej argumentacji nie można przyjąć. Możliwe, że wniesienie udziałów do HLB oraz wynikająca z tego dla banku możliwość spożytkowania części kapitału, aby spełnić kryteria wypłacalności, były ekonomicznie najbardziej sensownym wykorzystaniem kapitału. Jeżeli jednak pieniądze publiczne oraz inne aktywa zostaną użyte na działalność komercyjną i zorientowaną na sprostanie konkurencji, należy stosować do nich reguły rynkowe. Oznacza to, że jeżeli państwo zdecyduje o wykorzystaniu majątku przeznaczonego na cele publiczne (także) na cele komercyjne, powinno wymagać wynagrodzenia, które odpowiada wynagrodzeniu rynkowemu.

c) Struktura własnościowa

- (105) Zasadniczą kwestią tego badania jest, czy działający w normalnych warunkach gospodarki rynkowej inwestor prywatny o podobnej wielkości jak organy administracyjne sektora publicznego w odpowiednich okolicznościach zdecydowałby się na omawiane dokapitalizowanie, jak stwierdził to Sąd Pierwszej Instancji w orzeczeniu w sprawie WestLB, odsyłając do dotychczasowego orzecznictwa⁽²⁴⁾. Wreszcie, jak wyjaśnił Sąd, odsyłając ponownie do innych orzeczeń, „należy porównać zachowanie inwestora publicznego z prywatnym pod kątem zachowania inwestora prywatnego w stosunku do omawianej transakcji wobec informacji dostępnych w tamtym momencie i przewidywal-

⁽²⁰⁾ Komunikat Komisji do Państw Członkowskich: Stosowanie art. 92 i 93 Traktatu WE oraz art. 5 dyrektywy Komisji 80/723/EWG w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między Państwami Członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, Dz.U. C 307 z 13.11.1993, str. 3, patrz pkt. 11. W niniejszym komunikacie chodzi wprawdzie wyraźnie o przemysł przetwórczy, jednakże zasada ma zastosowanie niewątpliwie także do wszystkich pozostałych branż gospodarczych. Jeśli chodzi o usługi finansowe, Komisja podkreśliła powyższe kilkoma decyzjami, m. in. w sprawie Crédit Lyonnais (Dz. U. L 221 z 8.8.1998, str. 28) i GAN (Dz.U. L 78 z 16.3.1998, str. 1).

⁽²¹⁾ Patrz przypis 3, pkt. 206 i nast.

⁽²²⁾ Patrz przypis 2, pkt. 161 i nast.

⁽²³⁾ Patrz przypis 3, pkt. 241, 314.

⁽²⁴⁾ Wyrok WestLB, pkt. 245.

nego rozwoju sytuacji”⁽²⁵⁾). To pokazuje, że dla badania istotny jest moment inwestycji oraz rozsądne oczekiwania inwestora, tzn. wynikające z dostępnych w tamtym momencie informacji. Dotyczą one przede wszystkim prawdopodobnego zysku z kapitału.

- (106) FHH było jedynym udziałowcem HLB. Nawet jeśli ta okoliczność umożliwiałyby rezygnację z uwzględnienia wyłącznie wynagrodzenia stałego – tutaj [...] mln DEM [...], odpowiednio [maksymalnie 10 %] za cichy udział – nie można w tym przypadku użyć argumentu właściciela, jakim było FHH, do uzasadnienia niskiego bezpośredniego wynagrodzenia.
- (107) Powoływanie się na to, że FHH było jedynym właścicielem, zakładałoby istnienie odpowiedniego planu działania, ekspertyzy dotyczącej wartości lub wyceny oczekiwanego zysku z kwestionowanej inwestycji.
- (108) Tak nie było w omawianym przypadku. W momencie inwestycji nie istniał ani biznesplan, ani ekspertyza dotycząca wartości lub inna ekspertyza dotycząca oczekiwanego zysku z kwestionowanej inwestycji. W związku z tym oprócz uzgodnionego, bezpośredniego wynagrodzenia Komisja nie posiada żadnych znaczących i kwantytatywnych dowodów potwierdzających, jakiego zysku z kapitału oczekiwało FHH w tamtym czasie.
- (109) Niemcy wyjaśniły, że należy uwzględnić zarówno zyski samodzielnie wypracowane przez HLB i kapitał zapasowy regularnie przekształcany w kapitał akcyjny, jak również dywidendy wypłacone jednemu udziałowcowi, FHH, ponieważ zyski wypracowane przez HLB wynikają w sposób oczywisty ze środków przeniesionych przez FHH. Poza tym należy uwzględnić wzrost wartości, który osiągnięto dzięki wniesionemu kapitałowi i który zrealizowano poprzez sprzedaż udziałów bankowi LSH w 1997 r.
- (110) Jednak zgodnie z zasadą inwestora rynkowego dywidendy wypłacone po dokonanej inwestycji oraz zrealizowany wzrost wartości nie są istotne, gdyż inwestor oczekuje odpowiedniego zysku z kapitału albo ustala stały zysk na podstawie informacji dostępnych w momencie inwestycji. Zatem dywidendy lub wzrost wartości, których nie można było skalkulować z góry, nie są miarodajne. Decydująca nie jest również kwestia, czy wzrost wartości w drodze sprzedaży generuje przychód, czy nie. Ponadto dywidendy wypłaca się od udziałów w kapitale akcyjnym, a nie w kapitale zapasowym, nawet jeśli przyczynia się on do wzrostu zysku przypadającego na udział.
- (111) Komisja uważa w związku z tym, że w omawianym przypadku odpowiedni zysk z kapitału należy ustalić na podstawie wynagrodzenia, którego zażądałby inwestor rynkowy.

d) **Wynagrodzenie i elementy wynagrodzenia za wniesienie 659,4 mln DEM do kapitału zapasowego HLB**

Baza kapitałowa do obliczenia wynagrodzenia

- (112) Zgodnie z podejściem w przypadku WestLB, które potwierdził również Sąd Pierwszej Instancji, wynagrodzenie należy zapłacić za całą wartość przeniesionych aktywów. Przy czym wynagrodzenie za różne części przeniesionych aktywów może być różne. Aby ustalić odpowiednie wynagrodzenie, należy podzielić różne części kapitału zapasowego w zależności od tego, jaką korzyść odniósł z nich bank HLB.
- (113) Wartość przeniesionych i ujętych w bilansie udziałów wynosiła od dnia 1 stycznia 1993 r. nieprzerwanie 659,4 mln DEM. Jednak przed uznaniem tej kwoty przez BAKred nie mogła być ona w pełni wykorzystana jako kapitał własny. Aż do chwili uznania za kapitał własny do dnia 1 stycznia 1997 r. BAKred tolerował korzystanie z niej w zakresie, w jakim było to konieczne do spełnienia obowiązujących w danym momencie przepisów dotyczących wypłacalności. I tak w okresie od 1993 r. do 1996 r. HLB wykorzystał częściowo kapitał zapasowy, tzn. od 182,5 mln DEM (1993 r.), poprzez 435,6 mln DEM (1994 r.) i 255,1 mln DEM (1995 r.) do 451,1 (1996 r.). Od 1997 r. z powodu wymaganego przez nadzór bankowy pokrycia kapitału zapasowego przez kapitał własny w stałej wysokości [...] mln DEM w pełnym zakresie można było wykorzystać tylko [...] mln DEM do maja 2003 r. włącznie. W zamieszczonej w pkt 183 tabeli przedstawiono podstawę obliczenia odpowiedniego zysku z obowiązkowego kapitału własnego.
- (114) Części kapitału zapasowego niepokryte do 1997 r., lub które od tego momentu nie mogły być pokryte, (patrz tabela w pkt. 183) wprawdzie nie były lub nie mogły być wykorzystane do rozszerzenia działalności komercyjnej, stanowiły jednak korzyść dla HLB, ponieważ wysokość kapitału własnego ujęta w bilansie informuje inwestorów o solidności banku i w związku z tym wpływa na warunki, na których bank może pozyskać kapitał obcy. Wierzytiele i agencje ratingowe biorą pod uwagę całościową sytuację ekonomiczną i finansową banku. Kwoty te wprawdzie nie mogły być wykorzystane do corocznego rozszerzenia działalności, ale poprawiały wizerunek banku w oczach wierzycieli, dlatego funkcję ekonomiczną kapitału można pod tym względem porównać przynajmniej z gwarancją.
- (115) Inwestor rynkowy zażądałby odpowiedniego wynagrodzenia w związku z korzyścią ekonomiczną płynącą z tych środków.

Odpowiednie wynagrodzenie za kapitał obowiązkowy

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

⁽²⁵⁾ Wyrok WestLB, pkt. 246.

Podobieństwo inwestycji do kapitału zakładowego

- (117) Komisja jest zdania, że środki wniesione do kapitału zapasowego, które BAKred przynajmniej od 1997 r. uznał za kapitał podstawowy, niezależnie od braku płynności, najbardziej przypominają inwestycję w kapitał zakładowy.
- (118) To zdanie podziela również główny skarżący. Niemcy porównały kapitał zapasowy – ze względu na profil ryzyka – z cichym udziałem. W swoim porozumieniu strony przyjęły podobieństwo do kapitału zakładowego jako podstawę do obliczenia odpowiedniego wynagrodzenia.
- (119) Ponieważ rezerwa celowa została uznana przez BAKred za kapitał podstawowy („kapitał pierwszej kategorii”), można ją porównać tylko z takimi instrumentami kapitału własnego, które w roku wniesienia były uznawane w Niemczech za kapitał podstawowy. Według informacji posiadanych przez Komisję w roku 1992 tylko kapitał akcyjny lub zakładowy banku i kapitał zapasowy oraz ciche udziały spełniały szczególne wymagania § 10 ust. 4 KWG (Prawo bankowe).
- (120) Już w decyzji 2000/392/WE Komisja jasno stwierdziła, że porównanie majątku Wfa, również uznanego za kapitał podstawowy, z hybrydowymi instrumentami kapitałowymi, które zostały uznane tylko za kapitał uzupełniający, jak np. certyfikaty uprawniające do udziału w zyskach oraz akcje uprzywilejowane bez prawa głosu, nie mogą stanowić podstawy do określenia odpowiedniego wynagrodzenia za przeniesiony kapitał⁽²⁶⁾. Kapitał podstawowy ma istotne znaczenie dla przedsiębiorstwa, ponieważ pozwala na pozyskanie uzupełniających środków własnych (np. certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach) do takiej samej wysokości, i w ten sposób pozwala na powiększenie środków własnych. Warunkiem uznania za kapitał podstawowy jest podwyższona ekspozycja na ryzyko udostępnionego kapitału, co przeważnie znajduje także odbicie w wyższym wynagrodzeniu rynkowym tych instrumentów. Porównanie z kapitałem uzupełniającym, który tylko w ograniczonym stopniu może być przeznaczony na rozszerzenie działalności, należy zatem od początku wykluczyć.
- (121) Komisja jest zdania, że porównanie z cichymi udziałami, którego dokonały Niemcy i HLB, jest niewłaściwe i na jego podstawie nie można obliczyć odpowiedniego wynagrodzenia za kapitał zapasowy. Przeniesienie udziałów należy raczej porównać z inwestycją w kapitał zakładowy HLB.
- (122) Ważnym aspektem jest przy tym dla Komisji fakt, że wniesienie majątku funduszu celowego nie nastąpiło w formie prawnej cichego udziału, lecz w wyniku utworzenia kapitału zapasowego. Ponadto zgadza się

wprawdzie, że kapitał rezerwowy ma niektóre cechy, które są bardziej charakterystyczne dla typowych cichych udziałów. Jednak Komisja jest zdania, że również ryzyko, że wniesiony kapitał w przypadku niewypłacalności lub likwidacji zostanie przynajmniej częściowo użyty na pokrycie strat, nie jest mniejsze niż w przypadku inwestycji w kapitał zakładowy.

- (123) Na podstawie wymienionych aspektów, szczególnie analizy ryzyka, które podjął inwestor w przypadku omawianej transakcji, Komisja doszła do wniosku, że podstawą obliczenia odpowiedniego wynagrodzenia za wniesiony kapitał zapasowy jest kapitał zakładowy udostępniony HLB.

Koszty związane z płynnością

- (124) Niemcy są zdania, że z powodu braku płynności przeniesionych udziałów WK i związanych z tym kosztów refinansowania należy je porównać z wkładem rzeczowym. Jak twierdziły Niemcy w swoich pierwszych uwagach, w odniesieniu do zysku z kapitału brutto oznacza to różnicę ok. 6,6 % w porównaniu z kapitałem w gotówce. Koszty te musi uwzględnić również inwestor rynkowy, ustalając odpowiednie wynagrodzenie.
- (125) Komisja jest również zdania, że należy uwzględnić brak płynności. „Normalne” wniesienie kapitału oznacza dla banku zarówno poprawę płynności, jak i zwiększenie środków własnych koniecznych do rozszerzenia działalności w świetle przepisów nadzoru bankowego. Aby bank mógł w pełni wykorzystać kapitał, tzn. rozszerzyć aktywa ważone 100 %-tym ryzykiem o współczynnik 12,5 (100 podzielone przez współczynnik wypłacalności 8 %), musi się on refinansować na rynkach kapitałowych 11,5 razy. Mówiąc prościej, różnica 12,5 razy otrzymanych i 11,5 razy zapłaconych odsetek od tego kapitału minus inne koszty banku (np. koszty administracyjne) daje zysk z kapitału własnego⁽²⁷⁾.
- (126) Ponieważ na początku kapitał nie oznaczał dla banku HLB większej płynności, poniósł on dodatkowe koszty finansowania w wysokości kwoty kapitału, kiedy pozyskiwał konieczne środki na rynkach finansowych, aby w pełni wykorzystać możliwości transakcyjne stworzone dzięki dodatkowemu kapitałowi własnemu, tzn. aby rozszerzyć aktywa ważone ryzykiem o 12,5-krotność kwoty kapitału (lub utrzymać aktywa w tej wysokości)⁽²⁸⁾. Z powodu tych dodatkowych kosztów, które nie powstałyby w przypadku wniesieniu płynnego kapitału własnego, przy obliczaniu odpowiedniego wynagrodzenia konieczne jest właściwe potrącenie. Inwestor rynkowy nie może oczekiwać, że otrzyma takie samo wynagrodzenie, jak za kapitał wniesiony w gotówce.

⁽²⁷⁾ W rzeczywistości sytuacja jest dużo bardziej skomplikowana, np. z powodu pozycji pozabilansowych, różnych wag ryzyka dla aktywów oraz pozycji z ryzykiem zerowym. Sens argumentacji nie zostaje jednak naruszony.

⁽²⁸⁾ Sytuacja się nie zmienia, jeżeli uwzględni się możliwość pozyskania kapitału uzupełniającego do wysokości kapitału podstawowego (współczynnik 25 zamiast 12,5 dla kapitału podstawowego).

⁽²⁶⁾ Patrz przypis 2, pkt. 199.

(127) Komisja jest przy tym zdania, że w rachunku nie trzeba uwzględniać całej stopy refinansowania. Koszty refinansowania są kosztami działalności i zmniejszają przychód do opodatkowania. Wynik netto banku w obu przypadkach nie zmniejsza się o kwotę dodatkowo zapłaconych odsetek. Część kosztów jest rekompensowana niższym podatkiem dochodowym od osób prawnych. Tylko koszty netto mogą być uznane za dodatkowe obciążenie banku HLB w związku ze szczególnym charakterem przeniesionego kapitału. Ogólnie Komisja uznaje więc, że HLB ponosi dodatkowe „koszty płynności” w wysokości „kosztów refinansowania minus podatek płacony przez przedsiębiorstwa”.

(128) W swoim porozumieniu strony również założyły koszty refinansowania netto i na tej podstawie wykonały obliczenia. Dla pełnych kosztów refinansowania ustaliły one ponadto stopę długoterminowych bezpiecznych papierów wartościowych w wysokości 7,23 %⁽²⁹⁾. Ponadto strony porozumiały się co do zastosowania ryczałtowej stopy podatkowej w wysokości 50 %⁽³⁰⁾.

Obliczenie oczekiwanego minimalnego wynagrodzenia za inwestycję w kapitał zakładowy HLB

(129) Oczekiwany zysk z inwestycji oraz ryzyko inwestycji stanowią podstawowe czynniki wpływające na decyzję inwestora rynkowego. Aby określić wysokość obu czynników, inwestor wykorzystuje wszystkie dostępne informacje o firmie i rynku. Opiera się on przy tym na historycznych danych dotyczących średniego zysku z kapitału, które dają ogólne pojęcie o przyszłej wydajności przedsiębiorstwa, a także między innymi na analizie aktualnego modelu działania przedsiębiorstwa, strategii i jakości zarządzania oraz relatywnych prognoz dla danej branży.

(130) Inwestor rynkowy zainwestuje tylko wtedy, jeśli inwestycja ta będzie dawała wyższy zysk z kapitału lub niższe ryzyko w porównaniu z najbardziej możliwą alternatywą zaangażowania kapitału. Inwestor nie zdecyduje się na inwestycję w przedsiębiorstwo, jeśli oczekiwany zysk z kapitału jest niższy niż średni oczekiwany zysk z kapitału innych przedsiębiorstw o porównywalnym profilu ryzyka. W omawianym przypadku można założyć, że istnieją wystarczające alternatywy do zakładanego zamierzenia inwestycyjnego, które obiecują wyższe zyski przy takim samym poziomie ryzyka.

(131) Aby obliczyć odpowiednie najniższe wynagrodzenie, można użyć różnych metod. Począwszy od najróżniejszych wariantów podejścia finansowego do metody CAPM. Do przedstawienia różnych rozwiązań należy dokonać rozróżnienia dwóch składników – zysku z bezpiecznych inwestycji oraz premii za ryzyko danego projektu: odpowiedni minimalny zysk z inwestycji obciążonej ryzykiem = podstawowa stopa procentowa bezpiecznych papierów wartościowych + premia za ryzyko inwestycji obciążonej ryzykiem. Odpowiedni minimalny zysk z inwestycji obciążonej ryzykiem można również określić jako

sumę stopy zysku z bezpiecznej inwestycji i dodatkowej premii za ryzyko w związku z przejściem ryzyka specyficznego dla danej inwestycji.

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

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

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

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

(133) CAPM jest główną metodą obliczania zysków z inwestycji w duże przedsiębiorstwa notowane na giełdzie. HLB nie jest przedsiębiorstwem notowanym na giełdzie, dlatego nie można bezpośrednio wyprowadzić współczynnika beta. Zastosowanie metody CAPM jest możliwe wyłącznie na podstawie orientacyjnego współczynnika beta. Jak już wspomniano, między innymi z tego powodu Niemcy wyraziły wątpliwości co do zastosowania metody CAPM do wniesienia kapitału do banku kraju związkowego.

(134) Strony porozumienia zastosowały w swoich obliczeniach metodę CAPM. Przy tym przyjęły podstawową stopę procentową bezpiecznych papierów wartościowych w wysokości 7,23 %. Obliczając stopę procentową założono, że majątek celowy zostanie udostępniony bankowi HLB trwale. Strony nie zastosowały zatem zysku z bez-

⁽²⁹⁾ Obliczając stopę procentową bezpiecznych papierów wartościowych, oparto się na indeksie REX10 performance index niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG), który stanowi ogólnie uznane źródło danych.

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

piecznych papierów wartościowych o określonym czasie trwania inwestycji (np. dziesięcioletni zysk z obligacji państwowych) obserwowanego na rynku w dniu wniesienia kapitału, gdyż takie podejście pomijałoby ryzyko reinwestycji, tzn. ryzyko braku możliwości ponownego zainwestowania po upływie okresu inwestycji w wysokości stopy procentowej bezpiecznych papierów wartościowych. Zdaniem stron najlepiej odda się ryzyko inwestycji, przyjmując za podstawę „total return index”. Z tego powodu strony oparły się na indeksie niemieckiej giełdy (Deutsche Börse AG) REX10 performance index, który odzwierciedla dokładnie zachowanie (performance) inwestycji w obligacje federalne o dokładnie dziesięcioletnim czasie trwania. Zastosowany indeks uwzględnia stan indeksu REX10 performance index na koniec każdego roku od 1970 roku. Strony obliczyły w ten sposób zysk roczny, który odzwierciedla tendencję przyjętego indeksu REX10 performance index w okresie od 1970 do 1992 roku, i w ten sposób strony uzyskały wyżej wymienioną bezpieczną podstawową stopę procentową w wysokości 7,23 %.

(135) Biorąc pod uwagę, że wkład miał zostać udostępniony HLB trwale, procedura obliczenia podstawowych stóp procentowych bezpiecznych papierów wartościowych wydaje się w tym przypadku właściwa. Ponadto przyjęty indeks REX10 performance index stanowi ogólnie uznane źródło danych. Obliczona podstawowa stopa procentowa bezpiecznych papierów wartościowych wydaje się niniejszym uzasadniona.

(136) Współczynnik beta określony na poziomie 0,74 na podstawie ekspertyzy KPMG, którą dysponuje Komisja, dotyczącej tzw. skorygowanych (adjusted) współczynników beta wszystkich instytucji kredytowych notowanych na giełdzie w Niemczech. Na podstawie powyższej ekspertyzy oraz przy uwzględnieniu profilu działalności banku HLB należy uznać powyższy współczynnik beta za właściwy.

(137) Komisja uważa także premię za ryzyko rynkowe w wysokości 4,0 % za uzasadnioną. Już w trakcie postępowania, którego wynikiem była decyzja 2000/392/WE, kilkakrotnie podnoszono kwestię tzw. ogólnej długoterminowej premii za ryzyko rynkowe, a więc różnicy między długoterminowym średnim zyskiem ze zwykłego portfela akcji a zyskiem z obligacji państwowych. W odpowiednich ekspertyzach sporządzonych na potrzeby postępowania zastosowano, w zależności od metodyki, założonego okresu oraz danych, przedział od ok. 3 % do 5 %. Do wyliczeń w ekspertyzie sporządzonej dla BdB alternatywnie przyjęto wartości 3,16 % oraz 5 %, a inna ekspertyza sporządzona dla banku WestLB w ramach tego samego postępowania zakładała alternatywne wartości 4,5 % oraz 5 %, natomiast Lehman Brothers, którzy również pracowali na zlecenie WestLB, założyli stopę 4 %. Biorąc powyższe pod uwagę, Komisja nie widzi potrzeby w niniejszym przypadku zrezygnowania z rynkowej premii za ryzyko zastosowanej w porozumieniu. Na podstawie metody CAPM – zdaniem Komisji – nie ma wątpliwości, że minimalne wynagrodzenie obliczone przez strony jest odpowiednie.

(138) Komisja nie dostrzega przesłanek świadczących o tym, że obliczone przez strony minimalne wynagrodzenie za

hipotetyczną inwestycję w kapitał zakładowy nie wytrzymałoby testu rynkowego. Komisja ustala zatem odpowiednie minimalne wynagrodzenie w wysokości 10,19 % rocznie (każdorazowo po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw i przed opodatkowaniem podatkiem kapitałowym).

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

(139) Należy zbadać, czy istnieją powody dostosowania wynagrodzenia minimalnego. Zgodnie z podejściem zastosowanym w procedurach dotyczących innych banków krajów związkowych następujące trzy szczególne cechy transakcji mogą uzasadniać tę marżę: po pierwsze brak emisji nowych udziałów w spółce i związany z tym brak dodatkowych praw głosu, po drugie znaczna wartość przeniesionych aktywów i po trzecie brak płynności tego kapitału.

(140) Analogicznie do innych procedur Komisja uważa marżę w dwóch ostatnich przypadkach za nieuzasadnione. Brak praw głosu w związku z nieprzeprowadzeniem emisji nowych udziałów również nie uprawnia do naliczenia marży, ponieważ FHH już posiadało 100 % udziałów i głosów.

Brak zmniejszenia wynagrodzenia z powodu uzgodnienia wynagrodzenia ryczałtowego

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

Łączne wynagrodzenie

(142) Na podstawie wszystkich powyższych rozważań i przychyłając się do prośby głównego skarżącego BdB, FHH i HLB, Komisja doszła do wniosku, że odpowiednie wynagrodzenie za kwoty wykorzystane do 1997 r. lub po tym terminie jako kapitał zapasowy lub na zabezpieczenie działalności powinno wynosić 6,57 % (po opodatkowaniu podatkiem od przedsiębiorstw), tj. 10,19 % zwykłego zysku z tej inwestycji minus 3,62 % z powodu nakładów finansowych, które poniósł HLB w związku z brakiem płynności wniesionych aktywów.

Odpowiednie wynagrodzenie za niepokrytą lub niemożliwą do pokrycia część kapitału zapasowego

- (143) Jak już udowodniono, również ta część kapitału własnego, która była niewykorzystana do 1997 r. lub nie mogła być pokryta później, miała wartość materialną dla HLB, a jej funkcję ekonomiczną można porównać z gwarancją lub poręczeniem. Aby podjąć takie ryzyko, inwestor rynkowy zażądałby odpowiedniego wynagrodzenia. Porozumienie między BdB, FHH oraz HSH Nordbank nie dotyczy tej kwestii.
- (144) Niemcy, opierając się na decyzji 2000/392/WE⁽³¹⁾, uważają, że stopa wyjściowa 0,3 % rocznie przed opodatkowaniem jest odpowiednia. Powody zwiększenia stopy wyjściowej we wspomnianej decyzji nie dotyczą jednak niniejszego przypadku. W decyzji na wymienioną stopę w wysokości 0,3 % rocznie (przed opodatkowaniem) ustalono marżę w wysokości kolejnych 0,3 % rocznie, ponieważ z jednej strony awale zwykle wiążą się z określonymi transakcjami i mają ograniczony czas trwania (tak nie było w przypadku WestLB), a z drugiej strony kwota w wysokości ponad 3,4 mld DEM udostępniona bankowi WestLB jest wyższa niż kwoty zwykle pokrywane przez takie poręczenia bankowe.
- (145) Biorąc pod uwagę zasadniczą porównywalność przypadków banków WestLB oraz HLB, a także z braku innych wyznaczników, Komisja uważa, że stopa w wysokości 0,3 % odpowiada wynagrodzeniu, które HLB musiałby zapłacić na początku lat 90-tych na rynku za przejęcie awalu na jego rzecz. Komisja stwierdza ponadto, że kwota kwestionowanego kapitału jest zdecydowanie niższa w przypadku banku HLB niż banku WestLB, a zatem drugi powód wymieniony w decyzji WestLB nie dotyczy tego przypadku. Funkcja gwarancyjna również w banku HLB nie była ograniczona czasowo lub też powiązana z określoną transakcją. Z drugiej jednak strony ograniczenie czasowe wynikało de facto z możliwości wykorzystania całej kwoty na rozszerzenie działalności po uznaniu jej przez BAKred za kapitał podstawowy. W ten sposób oddzielna prowizja za awal była zbędna. Wynagrodzenie za funkcję gwarancyjną było zawarte w wynagrodzeniu za funkcję rozszerzenia działalności. Korzystanie z samej tylko funkcji gwarancyjnej było od początku ograniczone, co różni przypadek HLB od przypadku WestLB.
- (146) Komisja jest zdania, iż w przypadku banku HLB, w przeciwieństwie do WestLB, marża nie jest uzasadniona i uznaje stopę w wysokości 0,3 % rocznie (przed opodatkowaniem) za odpowiednie wynagrodzenie za funkcję gwarancyjną kapitału od chwili bilansowego wniesienia kapitału na dzień 1 stycznia 1993 r. do momentu uznania przez BAKred. Uwzględnienie podatku, przy założeniu podatku od przedsiębiorstw w wysokości 50 % w tamtym terminie, daje stopę w wysokości 0,15 % rocznie. Stopa w wysokości 0,15 % rocznie po opodatkowaniu została wzięta pod uwagę przez strony w tabeli dołączonej do porozumienia, w której obliczono element pomocy.

- (147) Premia gwarancyjna jest kosztem działalności banku HLB i pomniejsza dochód do opodatkowania. Wynagrodzenie dla FHH płaci się z zysku po opodatkowaniu. W związku z tym stopę 0,3 % należy zasadniczo skorygować o stopę podatkową. Podobnie jak w przypadku kosztów refinansowania Komisja zakłada jednolitą łączną stopę podatkową w wysokości 50 %. Komisja ustala zatem stopę w wysokości 0,15 % rocznie po opodatkowaniu.

e) Wynagrodzenie za cichy udział

- (148) Za cichy udział płacono nieprzerwanie wynagrodzenie w wysokości [...] mln DEM, odpowiednio [maksymalnie 10 %] rocznie od kwoty 300 mln DEM. Zdaniem Komisji dla oceny nie ma znaczenia, że zostało ono zapłacone HGV, 100 % spółce holdingowej FHH, i że tę pośrednią drogę wybrano wyłącznie ze względów podatkowych. To, czy inwestor otrzyma wynagrodzenie przez spółkę holdingową, czy bezpośrednio, nie ma znaczenia podczas badania niniejszego przypadku w świetle przepisów dotyczących pomocy.
- (149) Cichy udział miał czas trwania 16 lat, tzn. wcześniejsze wypowiedzenie było wykluczone. W związku z tym należy go uznać za cichy udział terminowy, pomimo tak długiego okresu trwania.
- (150) Niemcy twierdziły, że wynagrodzenie za cichy udział w wysokości 1,29 % jest odpowiednie w związku z porównywalnością z innymi instrumentami oraz brakiem płynności. BdB uważało, że w przeciwieństwie do kapitału zapasowego należy dokonać potrącenia, ale generalnie należy założyć podobieństwo z inwestycją w kapitał zakładowy, stąd wyższe wynagrodzenie, jak już przedstawiono powyżej.

Baza kapitałowa

- (151) Wartość cichego udziału wynosiła od dnia 1 stycznia 1993 r. nieprzerwanie 300 mln DEM. Jednak przed uznaniem tej kwoty przez BAKred nie mogła być ona w pełni wykorzystana jako obowiązkowy kapitał własny, jak już przedstawiono powyżej. Od dnia 1 stycznia 1997 r. do maja 2003 r. włącznie można było wykorzystać całe 300 mln DEM. W zamieszczonej w pkt 183 tabeli przedstawiono podstawę obliczenia odpowiedniego zysku z obowiązkowego kapitału własnego.
- (152) Cichy udział niepokryty do 1997 r. wprawdzie nie był lub nie mógł być wykorzystany do rozszerzenia działalności komercyjnej, stanowił jednak korzyść dla HLB, ponieważ wysokość kapitału własnego ujęta w bilansie informuje inwestorów także o solidności banku i w związku z tym wpływa na warunki, na których bank może pozyskiwać kapitał obcy. Wierzyteli i agencje ratingowe biorą pod uwagę całościową sytuację ekonomiczną i finansową banku. Kwota ta wprawdzie nie mogła być wykorzystana do corocznego rozszerzenia działalności, ale poprawiła wizerunek banku w oczach wierzycieli, dlatego funkcję ekonomiczną kapitału można porównać przynajmniej z gwarancją.

⁽³¹⁾ Patrz przypis 2, pkt. 221.

(153) Inwestor rynkowy zażądałby odpowiedniego wynagrodzenia w związku z korzyścią ekonomiczną płynącą z tych środków. Wynagrodzenie to, dokładnie tak jak w przypadku kapitału zapasowego, było jednakże niższe od wynagrodzenia za tę część kapitału, którą HLB mógł wykorzystać na działalność komercyjną.

Kwalifikacja prawna i ekonomiczna wniesionego kapitału

(154) Analogicznie do decyzji 200/392/WE Komisja oblicza odpowiednie wynagrodzenie za przeniesiony majątek celowy, biorąc pod uwagę możliwość jego wykorzystania do celów komercyjnych przez bank HLB. Jak już wyjaśniono, punktem odniesienia dla oceny, czy wynagrodzenie jest zgodne z zasadami rynkowymi, jest wynagrodzenie, którego zażądałby inwestor rynkowy, udostępniający bankowi kapitał własny w takiej formie.

(155) BdB twierdzi przy tym, że mamy do czynienia z inwestycją podobną do inwestycji w kapitał zakładowy. Wprawdzie przeciwko tej porównywalności przemawia możliwość wypowiedzenia, nawet jeśli po tak długim czasie. Jednak cichy udział pokrywa straty w takim samym stopniu jak kapitał zakładowy. Ostatecznie możliwość wypowiedzenia zmniejsza ryzyko, co pozwala na obniżenie marży za cichy udział w porównaniu z marżą za kapitał zakładowy. Niemcy natomiast zaprzeczają, że inwestycja ta jest podobna do inwestycji w kapitał zakładowy, utrzymując że kapitał jest raczej cichym udziałem, co ma wpływ na wysokość wynagrodzenia.

(156) Niemcy, BdB oraz Komisja zgadzają się, że cichy udział stanowi kapitał podstawowy. Cichy udział został uznany przez BAKred, chociaż dopiero od 1997 r., za kapitał podstawowy („kapitał pierwszej kategorii”) i dlatego można go porównać tylko z takimi instrumentami kapitału własnego, które w roku wniesienia były uznawane w Niemczech za kapitał podstawowy.

(157) W tej części Komisja zgadza się ze stanowiskiem stron biorących udział w postępowaniu. Już w decyzji 2000/392/WE Komisja sprecyzowała, że porównanie majątku Wfa, również uznanego za kapitał podstawowy, z instrumentami kapitałowymi, które mogą być wykorzystane tylko jako kapitał uzupełniający, jak np. certyfikaty uprawniające do udziału w zyskach oraz akcje uprzywilejowane bez prawa głosu, nie może stanowić podstawy odpowiedniego wynagrodzenia za przeniesiony kapitał⁽³²⁾. Kapitał podstawowy ma istotne znaczenie dla przedsiębiorstwa, ponieważ pozwala na pozyskanie środków uzupełniających (np. certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach) w takiej samej wysokości, i w ten sposób pozwala na powiększenie środków własnych. Warunkiem uznania za kapitał podstawowy jest podwyższona ekspozycja na ryzyko udostępnionego kapitału, co przeważnie znajduje odbicie w wyższym wynagrodzeniu rynkowym tych instrumentów. Porównanie z kapitałem uzupełniającym, który tylko w ograniczonym stopniu może być

przeznaczony na rozszerzenie działalności, należy od razu wykluczyć.

(158) Zdaniem Komisji analiza ryzyka przemawia za tym, że cichy udział typologicznie jest „normalnym” cichym udziałem, a nie kapitałem zakładowym. W tym punkcie Komisja przychyliła się do zdania Niemiec. Zarówno kwestionowany cichy udział, jak również inne, terminowe ciche udziały pozyskane na rynku kapitałowym zostałyby zwrócone w przypadku upadłości przed kapitałem zakładowym, co znaczy, że inwestor otrzyma je z masy upadłościowej, a w przypadku inwestycji w kapitał zakładowy nie otrzymałby nic. Tak długo, jak przedsiębiorstwo nie będzie przynosić strat, FHH otrzyma całe uzgodnione wynagrodzenie, podczas gdy inwestorowi w kapitał zakładowy przysługuje tylko roszczenie do wypłaty dywidendy odpowiednio do jego udziału w zyskach, tzn. znacznie zredukowanej.

Obliczenie odpowiedniego wynagrodzenia za terminowy cichy udział w HLB

(159) Jak już wyjaśniono, Komisja uznaje przedmiotowe działanie kapitałowe za cichy udział. Zatem do oceny zgodności z rynkiem tego konkretnie ustalonego wynagrodzenia miarodajne jest, czy można je uznać za standardowe wynagrodzenie rynkowe za ekonomicznie i prawnie porównywalne transakcje, których przedmiotem są ciche udziały. Wynagrodzenie za przedmiotowy cichy udział, należy, zakładając metodykę zastosowaną przez FHH oraz HLB, obliczyć na podstawie cichych udziałów o określonym czasie trwania, których inne parametry są jednak porównywalne.

(160) Niemcy twierdziły, że w latach 90-tych banki krajów związkowych coraz częściej wykorzystywały ciche udziały do rozszerzenia swojej bazy kapitałowej. Cichy udział powstały w wyniku wniesienia udziałów WK do HLB jest prawdopodobnie jedną z pierwszych takich transakcji o znacznej wartości w niemieckim sektorze bankowym.

(161) Jak pokazuje analiza ryzyka różnych instrumentów kapitału własnego, ciche udziały – przy porównywalnej funkcji gwarancyjnej – ze względu na możliwość nadania im cech terminowej inwestycji ze stałym wynagrodzeniem wykazują duże podobieństwo do certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach (Genussscheine). Bank przyjmujący uzyskuje przy tym korzyść podatkową, ponieważ odsetek nie wypłaca się z podzielonego zysku, ale zwyczajowo, i także w tym przypadku, są one kosztem działalności (pomniejszającym podatek).

(162) Cichy udział banku HLB z dnia 1 stycznia 1993 r. był pierwszą i przez prawie pięć lat również jedyną taką transakcją dla banku, a HLB nie miał informacji o porównywalnych transakcjach innych banków krajów związkowych w tym czasie. Bezpośrednie określenie odpowiedniej premii za ryzyko dla cichego udziału na podstawie innych umów o wniesienie cichych udziałów jest w związku z tym

⁽³²⁾ Patrz przypis 2, pkt. 199.

niemożliwe. Dostępne dane dotyczące terminowych i bezterminowych cichych udziałów wniesionych przez osoby trzecie w latach 1997 do 1998 r. umożliwiają jednak pośrednie wnioski, jeżeli możliwa jest kwantyfikacja zmian odpowiedniej premii za ryzyko za instrumenty kapitału własnego banku HLB między końcem 1992 r. a końcem 1997 r. Wymiernikiem mogą tutaj być zmiany premii za ryzyko dla długoterminowych papierów wartościowych uprawniających do udziału w zyskach HLB (HLB-Genussscheine). Jak pokazuje przekazane zestawienie, marża za ryzyko certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach banku HLB, której żądali inwestorzy, w tym okresie wzrosła zauważalnie⁽³³⁾. Jeżeli więc przeniesiemy sytuację rynkową z końca 1997 r. na dzień 31 grudnia 1992 r., odpowiednia premia za ryzyko na koniec 1992 r. przynajmniej nie będzie za niska⁽³⁴⁾. Zgodnie z tym premię odpowiednią na koniec 1992 r. za ryzyko cichego udziału o czasie trwania i można obliczyć przy pomocy następującego równania: $\text{Premia za ryzyko ciche udziały, } i,1992 = \text{swap spread obligacje federalne, } i,1992 + \text{swap spread ciche udziały, } i,1997$.

- (163) Z danych uzyskanych z rynku w grudniu 1997 r. oraz w lutym 1998 r. oraz stóp procentowych wniesionych cichych udziałów dla cichych udziałów z 16-letnim terminem wyliczono marżę w wysokości ok. 1,25 % ponad swap. W odniesieniu do danych rynkowych z dnia 31 grudnia 1992 r. (swap spread obligacji federalnych w wysokości 0,04 %) odpowiednią premię za ryzyko 16-letnich cichych udziałów należy obliczyć w następujący sposób: $0,04 \% + 1,25 \% = 1,29 \%$.
- (164) Alternatywnie można również obliczyć odpowiednią premię za ryzyko na podstawie warunków innych instrumentów finansowych o podobnym profilu ryzyka, co jest powszechnie stosowane w praktyce. Terminowe ciche udziały ze względu na profil ryzyka należy umieścić między certyfikatami uprawniającymi do udziału w zyskach a bezterminowymi cichymi udziałami. Ich premia za ryzyko powinna więc być wyższa niż certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach, ale niższa niż bezterminowych cichych udziałów. Podczas gdy wartości referencyjne dla bezterminowych cichych udziałów istniały dopiero od października 1999 r., dane rynkowe dla certyfikatów uprawniających do udziału w zysku były dostępne już na początku lat 90-tych, ponieważ instrumenty te od dawna są już emitowane i znajdują się w obrocie giełdowym. Oprócz tego premie za ryzyko dla certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach banków niemieckich na połowę grudnia 1991 r. znalazły się również w ekspertyzie Lehman Brothers sporządzonej na potrzeby WestLB⁽³⁵⁾.

- (165) Aby na podstawie warunków dla certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach HLB na koniec 1992 r. wyciągnąć wnioski na potrzeby premii za ryzyko terminowych cichych udziałów w HLB, konieczne było oszacowanie odpowiedniej marży na zysk z kapitału między tymi dwoma instrumentami. Także tutaj w związku z niepełnymi danymi można było oprzeć się tylko na sytuacji rynkowej na koniec 1997 r./początek 1998 r. i obliczone w ten sposób ryzyko inwestora banku HLB przyjęć jako adekwatne na koniec 1992 r. Odpowiednią premię za ryzyko cichego udziału na koniec 1992 r. można obliczyć przy pomocy następującego równania: $\text{premia za ryzyko ciche udziały, } i,1992 = \text{premia za ryzyko papiery wart. uprawniające do udziału w zysku } i,1992 + \text{spread ciche udziały/certyfikaty, uprawniające do udziału w zysku, } i,1997$.
- (166) Z danych uzyskanych z rynku w grudniu 1997 r. oraz w lutym 1998 r. dla cichych udziałów z 16-letnim terminem wyliczono na koniec 1997 r. marżę w wysokości ok. 0,35 % do 0,40 % ponad stopą 10-letnich certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach HLB. W odniesieniu do danych rynkowych z dnia 31 grudnia 1992 r. (premia za ryzyko 8-letnich certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach HLB w wysokości 0,91 %) odpowiednia premia za ryzyko 16-letnich cichych udziałów wynosi od 1,26 % do 1,31 %. Stosując premię za ryzyko 10-letnich certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach w wysokości 0,90 %, przyjętą w ekspertyzie Lehman Brothers na koniec 1991 r.⁽³⁶⁾, otrzymamy prawie identyczne wartości.
- (167) Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy marża – obliczona obydwoma metodami – wynosi od 1,26 % do 1,31 %. Komisja otrzymała dane dotyczące emisji certyfikatów uprawniających do udziału w zyskach oraz wniesionych wkładów, na podstawie których dokonano obliczeń. Komisja dysponuje również zestawieniami za odpowiednie lata obowiązujących stóp procentowych bezpiecznych obligacji federalnych oraz federalnych swaps spreads i miarodajnych spreads obowiązujących dla cichych udziałów. W związku z tym Komisja doszła do wniosku, że marża w wysokości 1,29 % jest w pełni uzasadniona.
- (168) Zdaniem Komisji, przeprowadzając ocenę przedmiotowego cichego udziału z punktu widzenia przepisów o pomocy państwa, można zrezygnować z bardziej zaawansowanego badania rynku. Wystarczy, że Komisja przekona się na podstawie przedstawionych tendencji, że uzgodnione wynagrodzenie mieści się w przedziale rynkowym.

Koszty płynności

- (169) Można uznać zgodne w tym zakresie argumenty Niemiec oraz BdB odnośnie do kosztów płynności, że „normalne” wniesienie kapitału do banku przysparza mu zarówno płynności, jak i środków własnych, które są konieczne do rozszerzenia działalności w świetle przepisów nadzoru bankowego. Jak już wcześniej wyjaśniono, aby bank mógł w pełni wykorzystać kapitał, tzn. rozszerzyć aktywa wazone 100 %-towym ryzykiem o współczynnik 12,5 (tzn. 100 podzielone przez współczynnik wypłacalności 8 %), musi się on refinansować na rynkach kapitałowych 11,5 razy. Mówiąc prościej, różnica 12,5 razy otrzymanych i 11,5 razy zapłaconych odsetek od tego kapitału minus

⁽³³⁾ Miarodajna jest nie marża na zysk z kapitału w stosunku do obligacji federalnych, ale do swaps, ponieważ na swap spread obligacji federalnych ma wpływ przede wszystkim podaż i popyt na rynku swapowym, a nie rozważania na temat wypłacalności.

⁽³⁴⁾ W związku z licznymi zawirowaniami na rynkach finansowych – tutaj należy wymienić np. kryzys na rynkach rozwijających się w połowie 1997 r. – oraz implikacjami z procedury Komisji dotyczącej pomocy przyznanej WestLB, premia za ryzyko, której zażądałby inwestor za terminowy cichy udział w HLB na koniec 1992 r., powinna być rzeczywiście niższa niż wynika to z sytuacji rynkowej na koniec 1997 r.

⁽³⁵⁾ Porównaj: Lehman Brothers, Analiza dokapitalizowania w związku z wniesieniem Instytucji Wspierającej Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego kraju związkowego Północnej Nadrenii-Westfalii z dnia 8.7.1997, str. 4 oraz załącznik II, str. 27. Zostały tam wymienione emisje dużych niemieckich banków komercyjnych (Deutsche Bank, Dresdner Bank itp.), które w tamtym czasie w porównaniu z Hamburgskim Bankiem Krajowym wykazywały wyższe ryzyko.

⁽³⁶⁾ Porównaj: Lehman Brothers, Analiza dokapitalizowania w związku z wniesieniem Instytucji Wspierającej Rozwój Budownictwa Mieszkaniowego kraju związkowego Północnej Nadrenii-Westfalii z dnia 8.7.1997, str. 4.

inne koszty banku (np. koszty administracyjne) dają zysk z kapitału własnego⁽³⁷⁾. Ponieważ na początku przedmiotowy cichy udział nie przysparzał płynności bankowi HLB, poniósł on dodatkowe koszty finansowania w wysokości kwoty kapitału, kiedy pozyskiwał konieczne środki na rynkach finansowych, aby w pełni wykorzystać możliwości transakcyjne. Z powodu dodatkowych kosztów przy obliczaniu odpowiedniego wynagrodzenia konieczne jest właściwe potrącenie. Inwestor rynkowy nie może oczekiwać, że otrzyma takie samo wynagrodzenie, jak za kapitał wniesiony w gotówce.

(170) Jednakże, w odróżnieniu od BdB, Komisja uważa, że należy odjąć stopę refinansowania brutto. Koszty refinansowania są kosztami działalności i zmniejszają przychód do opodatkowania. To samo dotyczy także wynagrodzenia za cichy udział wniesiony od początku w płynnej formie. W porównaniu z tym, który, jak przedstawiono powyżej, umożliwia odpowiedni test rynkowy, nie powstaje żadna dodatkowa korzyść podatkowa. Wynik netto banku zmniejsza się zatem w obu przypadkach o kwotę odsetek zapłaconych za płynność. W ten sposób całość kosztów refinansowania można zaliczyć w koszty.

(171) Ten stan rzeczy jest podobny do przypadku Banku Krajów Związkowych Hesji i Turyngii, a różni się od innych banków krajów związkowych, które również były przedmiotem postępowania wyjaśniającego, ponieważ w tych ostatnich fundusze celowe zostały zaksięgowane w bilansie jako kapitał zapasowy, a całe wynagrodzenie potraktowane jako zysk do podziału, a nie jako koszty działalności, i w związku z tym płatne z zysku po opodatkowaniu. Te banki odniosły więc korzyść podatkową, skoro koszty pozyskiwanej płynności można zaliczyć w koszty działalności i pomniejszyć o nie podatek, podczas gdy miałyby to miejsca w przypadku inwestycji gotówkowej z identycznymi pozostałymi parametrami, która stanowi tutaj skalę porównawczą.

(172) Z braku (innej) korzyści podatkowej HLB musi zapłacić jedynie wynagrodzenie za ryzyko, na które FHH naraża swój fundusz celowy wniesiony w postaci cichego udziału, tzn. wynagrodzenie gwarancyjne wyrażone w punktach bazowych powyżej miarodajnej stopy referencyjnej.

Odpowiednie wynagrodzenie za niepokrytą część cichego udziału

(173) Jak już wspomniano wcześniej, w latach 1993 r. do 1996 r. włącznie cichego udziału nie był uznany za obowiązkowy kapitał podstawowy.

(174) W decyzji 2000/392/WE Komisja przyjęła stopę wyjściową od kwoty ujętej w bilansie, która jednak nie mogła być wykorzystana na pokrycie działalności komercyjnej, w wysokości 0,3 % przed opodatkowaniem. Do tego doliczono marżę w wysokości kolejnych 0,3 % w związku

z wysokością przedmiotowej kwoty oraz bezterminowością (patrz pkt 144).

(175) Inaczej niż w przypadku WestLB, Komisja uważa, że w związku z dużo niższą kwotą cichego udziału marża w przypadku HLB jest nieuzasadniona. Jednak z powodu porównywalności innych parametrów Komisja uznała stopę w wysokości 0,3 % rocznie (przed opodatkowaniem) za odpowiednie wynagrodzenie za funkcję gwarancyjną kapitału od chwili bilansowego wniesienia kapitału na dzień 1 stycznia 1993 r. do momentu uznania przez BAKred (patrz również pkt 145). Ponieważ wynagrodzenie za cały cichy udział można zaksięgować w koszty działalności i pomniejszyć o nie podatek, co także w tym punkcie odróżnia je od podatkowej kwalifikacji wynagrodzenia w decyzji 2000/392/WE, marżę tę należy potraktować jako stopę przed opodatkowaniem, jako że można ją zaliczyć w koszty działalności w pełnej wysokości.

(176) Z powyższego wynika, że wynagrodzenie za cichy udział w wysokości [...] mln DEM [...] odpowiednio [maksymalnie 10 %] było zdecydowanie za wysokie.

f) **Zakończenie uprzywilejowania banku**

(177) Niemcy wyjaśniły, że w związku z przeprowadzonym w dniu 2 czerwca 2003 r. połączeniem banku HLB z bankiem LSH, w wyniku którego powstał HSH Nordbank, udziały, które bank HLB posiadał w WK, zostały ponownie przeniesione na FHH.

(178) W ten sposób bank HLB od dnia 2 czerwca 2003 r. nie może już pokrywać ewentualnych ryzykownych aktywów z działalności komercyjnej majątkiem funduszu celowego lub wykorzystywać go jako gwarancję.

(179) Tak więc Komisja uważa za udowodnione, że wyłączenie majątku funduszu celowego w dniu 2 czerwca 2003 r. zakończyło badane tutaj uprzywilejowanie.

g) **Element pomocy**

(180) Z przedstawionych podstaw obliczeń, składników wynagrodzenia oraz wynagrodzeń za różne rodzaje przeniesionych aktywów wynikają kwoty zebrane w tabeli w pkt 183, które powinny być zostać zapłacone za poszczególne składniki i lata jako odpowiednie wynagrodzenie.

(181) Od tego należy odjąć kwoty, które były składnikami wynagrodzenia ustalonymi w momencie inwestycji. Zdaniem Komisji mowa jest o wynagrodzeniu za cichy udział w wysokości [...] mln DEM [...]. W przeciwieństwie do tego nie można zaliczyć innych składników, jak zapłacone dywidendy, które wymieniły Niemcy. Jak wyjaśniono powyżej (patrz pkt 110), zgodnie z zasadą inwestora rynkowego nie mają znaczenia dywidendy wypłacone po inwestycji i/lub zrealizowany wzrost wartości.

⁽³⁷⁾ W rzeczywistości sytuacja jest dużo bardziej skomplikowana, np. z powodu pozycji pozabilansowych, różnych wag ryzyka dla aktywów oraz pozycji z ryzykiem zerowym. Sens argumentacji nie zostaje jednak naruszony.

(182) Komisja stoi jednakże na stanowisku, że pomimo różnic między obydwoimi instrumentami kapitałowymi, dopuszczalne jest zaliczenie uzgodnionego, zawyżonego wynagrodzenia za cichy udział na poczet wynagrodzenia za całe zamierzenie inwestycyjne, ponieważ przeniesienie

przeprowadzone przez FHH w 1993 r. miało charakter całościowy. Dzięki temu można zaliczyć nadpłatę na wynagrodzenie za kapitał zapasowy. W tym celu musi on zostać przekształcony w wartość po opodatkowaniu, którą to kwestię strony pozostawiły w ich porozumieniu otwartą.

(183) Pomoc składa się zatem z następujących elementów ⁽³⁸⁾:

Tabela 1

Obliczenie elementu pomocy – HLB (w mln DM)

	(5 miesięcy)										
	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
część cichego udziału udostępnionego HLB	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0
należne wynagrodzenie (1,29 %)					3,9	3,9	3,9	3,9	3,9	3,9	1,6
należna prowizja za awal (0,3 %)	0,9	0,9	0,9	0,9							
opłacono	30,0	30,0	30,0	30,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
nadpłata (=zaliczona za kapitał zapasowy)	29,1	29,1	29,1	29,1	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
stopa opodatkowania przedsiębiorstw	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %
bez podatków	- 14,6	- 14,6	- 14,6	- 14,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
podlegająca zaliczeniu nadpłata po opodatkowaniu	14,6	14,6	14,6	14,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
część kapitału zapasowego udostępnionego HLB z WK1993	r	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4
uznane ostatecznie przez BAKred	0,0	0,0	0,0	0,0	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4
z tego niepokryte – naliczenie GS I	0,0	0,0	0,0	0,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
z tego pokryte/możliwe do pokrycia (od 1997)	182,9	435,6	255,1	208,3	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
z tego niepokryte/niemożliwe do pokrycia (od 1997)	476,5	223,7	404,2	451,1	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
należne wynagrodzenie (6,57 %)	12,0	28,6	16,8	13,7	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
należna prowizja za awal (0,15 %)	0,7	0,3	0,6	0,7	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
należne wynagrodzenie łącznie	12,7	29,0	17,4	14,4	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
podlegająca zaliczeniu nadpłata z cichego udziału	14,6	14,6	14,6	14,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Element pomocy	- 1,9	14,4	2,8	- 0,2	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁽³⁸⁾ Od 1.1.1999 r. DEM przeliczane są na euro po kursie 1,95583. Zawarte w tabeli dane dotyczące elementu pomocy za poszczególne lata należy odpowiednio przeliczyć w celu kalkulacji łącznej pomocy podlegającej windykacji.

(184) Różnica między rzeczywistymi płatnościami a płatnościami zgodnymi z warunkami rynkowymi stanowi element pomocy w wysokości 177,5 mln DEM (90,75 mln EUR).

2.2. Zakłócenie konkurencji oraz wpływ na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi

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

(186) Będący beneficjentem Bank HLB prowadzi działalność bankową zarówno regionalnie, jak i w skali międzynarodowej. HLB uważał się za uniwersalny bank komercyjny, który finansował i nadal finansuje jako HSH Nordbank budowę statków na całym świecie. Pomimo nazwy, tradycji oraz zadań uregulowanych ustawowo, bank HLB do 2003 r. w żadnym razie nie był jedynie bankiem lokalnym lub regionalnym.

(187) Fakty pokazują, że bank HLB świadczył usługi, konkurując z innymi bankami europejskimi poza Niemcami oraz, ponieważ banki z innych państw europejskich prowadzą swoją działalność w Niemczech, na terenie Niemiec.

(188) Należy zwrócić uwagę również na to, że istnieje ścisły związek między kapitałem własnym instytucji kredytowej a jego działalnością bankową. Bank może pracować i rozszerzać swoją działalność komercyjną tylko wtedy, gdy posiada wystarczający, uznany kapitał własny. Ponieważ bank HLB otrzymał ten kapitał własny na cele wypłacalności wskutek podjęcia przez państwo środka pomocy, wpłynęło to pośrednio na możliwości transakcyjne banku.

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

2.3. Wynik

(190) Na podstawie powyższych rozważań można stwierdzić, że zostały spełnione wszystkie kryteria art. 87 ust. 1 Traktatu WE i w związku z tym przeniesienie majątku funduszu celowego stanowi pomoc w rozumieniu tego artykułu.

3. ZGODNOŚĆ ZE WSPÓLNYM RYNKIEM

(191) W dalszej kolejności należy zbadać, czy pomoc ta może być uznana za zgodną ze wspólnym rynkiem. Żadne odstępstwo określone w art. 87 ust. 2 Traktatu WE nie znajduje zastosowania. Pomoc nie ma charakteru społecznego, ani nie została przyznana indywidualnym konsumentom. Nie miała ona także na celu naprawienia szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi lub innymi zdarzeniami nadzwyczajnymi, ani skompensowania niekorzystnych skutków gospodarczych spowodowanych podziałem Niemiec.

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

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

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

(195) Art. 86 ust. 2 Traktatu WE, który dopuszcza w określonych wyjątkowych sytuacjach odstępstwa od przepisów Traktatu o pomocy państwa, zasadniczo dotyczy także sektora usług finansowych. Komisja potwierdziła powyższe stwierdzenie w sprawozdaniu pt. „Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym przez sektor bankowy”⁽³⁹⁾. W niniejszym przypadku nie zostały spełnione przesłanki formalne, Niemcy również nie powołały się na nie.

(196) Ponieważ żadne z odstępstw od zasady zakazu pomocy państwa zgodnie z art. 87 ust. 1 Traktatu WE nie znajduje zastosowania, niniejszej pomocy państwa nie można uznać za zgodną z Traktatem. Wniesienie udziałów WK do HLB w dniu 1 stycznia 1993 r. nie jest pomocą istniejącą.

(197) Nie można uznać, że przeniesienie z dnia 1 stycznia 1993 r. mieści się w systemie poręczeń państwowych Anstaltslast i Gewährträgerhaftung.

(198) Po pierwsze przesłanki stanu nieograniczonej odpowiedzialności udziałowców banku za zobowiązania wierzycieli (Gewährträgerhaftung), jeżeli majątek banku nie jest wystarczający do ich zaspokojenia, od początku nie były spełnione. Wniesienie kapitału nie ma nic wspólnego ani z zaspokojeniem wierzycieli HLB, ani też majątek HLB nie był wyczerpany.

⁽³⁹⁾ Powyższe sprawozdanie przedłożono Radzie ds. Gospodarczych i Finansowych w dniu 23 listopada 1998 r., ale nie zostało ono opublikowane. Powyższe sprawozdanie można otrzymać w Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji oraz przeczytać na stronie internetowej Komisji.

(199) Po drugie nie zachodzi stan konieczności zapewnienia bankowi płynności (Anstaltslast). Poręczenie państwowe Anstaltslast zobowiązuje udziałowca (Anstaltsträger) do zapewnienia bankowi HLB środków koniecznych do prowadzenia działalności banku kraju związkowego, jeżeli zdecyduje on, że bank ma kontynuować działalność. Jednak w momencie wniesienia kapitału bank HLB w żadnym wypadku nie był w sytuacji, w której prowadzenie prawidłowej działalności nie byłoby możliwe. Wniesiony kapitał nie był więc konieczny do zapewnienia prawidłowej działalności banku HLB. Dzięki działaniu kraju związkowego jako właściciela, wynikającym ze świadomej kalkulacji ekonomicznej, bank będzie mógł również w przyszłości sprostać konkurencji na rynku. Do takiej normalnej, ekonomicznej decyzji kraju związkowego nie ma zastosowania „szczególna regulacja” poręczenia państwowego Anstaltslast. Z braku innych reguł pomocy państwa, które można by zastosować zgodnie z art. 87 ust. 1 i art. 88 ust. 1 Traktatu WE, wniesienie kapitału należy uznać za nową pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 i art. 88 ust. 3 Traktatu WE.

IX. WNIOSKI

- (200) Nie można nakazać windykacji prawdopodobnej pomocy związanej z wniesieniem udziałów WK w dniu 1 stycznia 1986 r., ponieważ upłynął termin określony w art. 15 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 659/1999, należy więc uznać ją za pomoc istniejącą w rozumieniu art. 15 ust. 3 ww. rozporządzenia.
- (201) Pomocy związanej z wniesieniem udziałów WK w dniu 1 stycznia 1993 r. nie można uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem ani na podstawie art. 87 ust. 2 lub ust. 3 Traktatu WE, ani na podstawie innego postanowienia Traktatu. Zgodnie z tym pomoc uznaje się za niezgodną ze wspólnym rynkiem, należy ją znieść, a Niemcy muszą przeprowadzić windykację pomocy przyznanej bezprawnie,

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

Pomoc państwa w wysokości 90,75 mln EUR, przyznaną przez Niemcy w okresie od dnia 1 stycznia 1993 r. do dnia 1 czerwca 2003 r. na rzecz Hamburgskiego Banku Krajowego – Centrali Żyrowej, obecnie HSH Nordbank AG, uznaje się za niezgodną ze wspólnym rynkiem.

Artykuł 2

Niemcy podejmą wszystkie konieczne środki w celu windykacji od beneficjenta przyznanej bezprawnie pomocy, o której jest mowa w art. 1.

Artykuł 3

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

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

Odsetki zostaną naliczone zgodnie z postanowieniami rozdziału V rozporządzenia Komisji (WE) nr 794/2004 ⁽⁴⁰⁾.

Artykuł 4

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

Artykuł 5

Decyzja jest skierowana do Republiki Federalnej Niemiec.

Bruksela, dnia 20 października 2004 r.

W imieniu Komisji

Mario MONTI

Członek Komisji

⁽⁴⁰⁾ Dz.U. L 140 z 30.4.2004, str. 1.

ZAŁĄCZNIK

INFORMACJE DOTYCZĄCE WYKONANIA DECYZJI KOMISJI

1. **Obliczenie kwoty podlegającej windykacji**

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

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

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

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

Uwagi:

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

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

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

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

3. **Windykacja przeprowadzona**

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

Data (*)	Zwrócona kwota	Waluta	Nazwa beneficjenta

(*) Data zwrotu pomocy

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