

DECYZJA KOMISJI**z dnia 20 października 2004 r.****w sprawie przyznania przez Niemcy pomocy na rzecz Landesbank Hessen-Thüringen – Girozentrale***(notyfikowana jako dokument nr C(2004) 3931)***(Jedynie tekst w języku niemieckim jest autentyczny)****(Tekst mający znaczenie dla EOG)**

(2006/742/WE)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

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

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

po wezwaniu zainteresowanych stron do przedstawienia uwag zgodnie z wymienionymi powyżej postanowieniami ⁽¹⁾ oraz po uwzględnieniu tych uwag,

a także mając na uwadze, co następuje:

I. PROCEDURA

(1) Pismami 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 została lub zostanie wniesiona pożyczka na wspieranie budownictwa mieszkaniowego do obowiązkowego kapitału własnego, do którego wysokości odpowiada bank, banków krajów związkowych w Nadrenii Północnej-Westfalii, Dolnej Saksonii, Szlezwiku-Holsztynie, Bawarii, Hamburgu i Berlinie, tzn. na rzecz banków: Westdeutsche Landesbank, Norddeutsche Landesbank, Landesbank Schleswig-Holstein, Hamburger Landesbank i Landesbank Berlin. BdB postrzega w związanym z tym podniesieniem środków własnych wymienionych banków krajów związkowych zakłócenie konkurencji poprzez sprzyjanie tym bankom, ponieważ nie uzgodniono wynagrodzenia według zasady inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej. Za pośrednictwem drugiego z wymienionych pism BdB złożyło formalną skargę i wezwało Komisję do wszczęcia procedury przeciwko Niemcom zgodnie z art. 93 ust. 2 Traktatu WE (obecnie art. 88 ust. 2). W lutym i marcu 1995 r. oraz w grudniu 1996 r. liczne banki przyłączyły się do skargi Zrzeszenia.

⁽¹⁾ Dz.U. C 72 z 26.3.2003, str. 3.

(2) BdB poinformowało Komisję o dwóch kolejnych przeniesieniach majątku: pismem z dnia 6 sierpnia 1997 r. w Szlezwiku-Holsztynie na rzecz banku Landesbank Schleswig-Holstein oraz pismem z dnia 30 lipca 1998 r. w Hesji na rzecz Landesbank Hessen-Thüringen. Odnośnie do tego ostatniego transferu Komisja zwróciła się do Niemiec w piśmie z dnia 31 lipca 1998 r. o przesłanie informacji. Niemcy odpowiedziały pismem z dnia 2 października 1998 r., że obecnie istnieje tylko wstępne opracowanie referenta, i ani teraz, ani w przyszłości nie ma powodu, aby Komisja posiadała uzasadnione wątpliwości w powyższych kwestiach.

(3) Komisja zbadała najpierw przeniesienie majątku do Westdeutsche Landesbank (zwanego dalej „WestLB”), oświadczyła jednak, że w świetle wyników sprawy WestLB zbada przeniesienia do innych banków ⁽²⁾. W tej sprawie w roku 1999 Komisja wydała decyzję nr 2000/392 z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie pomocy przyznanej przez Niemcy na rzecz banku Westdeutsche Landesbank Girozentrale ⁽³⁾, w której pomoc (różnica między wynagrodzeniem zapłaconym a rynkowym) została uznana za niezgodną ze wspólnym rynkiem, i która nakazała zwrot pomocy. Sąd Pierwszej Instancji uchylił powyższą decyzję dnia 6 marca 2003 r. z powodu niewystarczającego uzasadnienia dwóch elementów zastosowanych do obliczenia wysokości wynagrodzenia ⁽⁴⁾. Dnia 20 października 2004 r. Komisja wydała nową decyzję, która uwzględniła opinię Sądu.

(4) Dnia 1 września 1999 r. Komisja zwróciła się do Niemiec o przekazanie informacji, które dotyczyły przeniesień do innych banków krajów związkowych, w tym również do banku Helaba. Niemcy przesyłały w związku z tym pismo z dnia 8 grudnia 1999 r. zawierające informacje dotyczące

⁽²⁾ Dz.U. C 140 z 5.5.1998, str. 9 (decyzja o wszczęciu procedury).

⁽³⁾ Dz.U. L 150 z 23.6.2000, str. 1. Przeciwno tej decyzji wniosły skargę Niemcy (TS; C-376/99), kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia (SPI; T-233/99) oraz bank WestLB (SPI; T-228/99); Komisja wszczęła postępowanie w sprawie naruszenia przepisów Wspólnoty (TS; C-209/00).

⁽⁴⁾ Wyrok z dnia 6 marca 2003 r. w sprawach połączonych T-228/99 i T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale i kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia, Zb. Orz. 2003, II-435.

przeniesienia funduszu celowego kraju związkowego do banku Helaba, które, na kolejną prośbę Komisji z dnia 31 października 2000 r., zostały uzupełnione pismem rządu federalnego z dnia 21 stycznia 2001 r.

- (5) Pismem z dnia 13 listopada 2002 r. Komisja przekazała Niemcom swoją decyzję o wszczęciu formalnej procedury zgodnie z art. 88 ust. 2 Traktatu WE odnośnie do wniesienia funduszu celowego kraju związkowego Hesja jako cichego udziału na rzecz banku Helaba. Jednocześnie Komisja poinformowała o wszczęciu procedur w sprawie podobnych przeniesień majątku na rzecz Norddeutsche Landesbank – Girozentrale („NordLB”), Landesbank Schleswig-Holstein – Girozentrale („LSH”), Hamburgische Landesbank – Girozentrale („HLB”) i Bayerische Landesbank – Girozentrale („BayernLB”). W lipcu 2002 r. Komisja wszczęła procedurę w związku z podobnym przeniesieniem funduszu celowego przez kraj związkowy Berlin na rzecz banku Landesbank Berlin.
- (6) Decyzja Komisji o wszczęciu procedury została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej⁽⁵⁾. Komisja wezwała zainteresowane strony do przedstawienia uwag.
- (7) W piśmie z dnia 9 kwietnia 2003 r. Niemcy zajęły stanowisko odnośnie do wszczęcia procedury w sprawie Helaba.
- (8) W piśmie z dnia 29 lipca 2003 r. BdB zajęło wspólne stanowisko odnośnie do wszystkich decyzji o wszczęciu procedur z dnia 13 listopada 2002 r., które zostały przesłane Niemcom w piśmie z dnia 28 lipca 2003 r. z prośbą o zajęcie stanowiska.
- (9) W pismach z dnia 10. października i 4. grudnia 2003 r. Niemcy zajęły stanowisko odnośnie do wyjaśnień BdB w sprawie Helaba. W piśmie z dnia 30 października 2003 r. Niemcy przekazały ponadto wyjaśnienia rządu kraju związkowego Nadrenia Północna-Westfalia i banku WestLB odnośnie do stanowiska Federalnego Zrzeszenia Niemieckich Banków.
- (10) W piśmie z dnia 7 kwietnia 2004 r. Komisja zwróciła się do Niemiec o dalsze informacje odnośnie do wszystkich procedur dotyczących banków krajów związkowych, a w pismach z dnia 19 maja 2004 r. i 3 sierpnia 2004 r. Komisja oddzielnie poprosiła o informacje dotyczące banku Helaba. Niemcy przekazały swoje odpowiedzi w pismach z dnia 1 czerwca 2004 r., 23 czerwca 2004 r. i 23 sierpnia 2004 r.
- (11) We wrześniu i październiku 2004 r. odbyły się rozmowy między przedstawicielami BdB, kraju związkowego Hesja oraz banku Helaba dotyczące odpowiedniego wynagrodzenia za udostępniony kapitał. Nie osiągnięto porozumienia. W piśmie z dnia 28 września 2004 r. BdB ponownie zajęło stanowisko odnośnie do procedury. W jego następstwie

Komisja zwróciła się do Niemiec o ponowne zajęcie stanowiska, które przekazano w pismach z dnia 1 października 2004 r. oraz 6 października 2004 r.

II. DOKŁADNY OPIS POMOCY

1. BANK HELABA

- (12) Bank Krajów Związkowych Hesji i Turynгии/Centrala Żyrowa – *Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale* – (zwany dalej „bankiem Helaba”) mający siedzibę we Frankfurcie nad Menem i w Erfurcie z sumą bilansową koncernu w wysokości ok. 140 mld EUR (na dzień 31 grudnia 2003 r.) należy do dużych banków w Niemczech. Suma bilansowa banku wynosi ok. 130 mld EUR, co daje ponad 90 % sumy bilansowej koncernu. Bank jest publiczno-prawną instytucją kredytową i ma formę prawną instytucji prawa publicznego. Właścicielami i gwarantami banku od dnia 1 stycznia 2001 r. są: w 85 % Związek Kas Oszczędnościowych i Żyrowych Hesji i Turynгии (*Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen*), który do chwili wniesienia kapitału pod koniec 1998 r. był jedynym właścicielem i gwarantem banku, oraz kraj związkowy Hesja w 10 % i kraj związkowy Turynγια w 5 %. Sprawozdanie finansowe koncernu za rok 2003 wykazuje środki własne w wysokości 4,1 mld EUR. W dniu 31 grudnia 2003 r. wskaźnik kapitału podstawowego dla koncernu wynosił 7,8 %, a wskaźnik funduszy własnych 11,3 %.
- (13) W związku ze strukturą własnościową banku Helaba spełnia on zadania banku kraju związkowego Hesja oraz Wolnego Państwa Turynγια, a także banku centralnego kas oszczędnościowych tych krajów związkowych. Ponadto Helaba działa jako bank komercyjny, kierując się wymaganiami klientów i rynku, obsługując przede wszystkim duże przedsiębiorstwa, a także będąc partnerem klientów z sektora publicznego i wspierając finansowanie i realizację przedsięwzięć inwestycyjnych krajów związkowych oraz gmin. Poprzez udziały w instytucjach krajów związkowych powołanych do zadań wspierających, bank Helaba przyczynia się do realizacji celów gospodarczych i strukturalno-politycznych w Hesji i Turynгии.
- (14) W dniu 31 grudnia 2003 r. koncern Helaba zatrudniał 3 500 pracowników. Helaba ma swoje przedstawicielstwa w ważnych centrach finansowych na całym świecie. Oprócz dwóch głównych siedzib we Frankfurcie nad Menem i Erfurcie, bank posiada przedstawicielstwa międzynarodowe między innymi w Londynie, Nowym Jorku, Zurychu, Dublinie, Madrycie, Paryżu i Luksemburgu.

2. WNIESIENIE FUNDUSZU CELOWEGO „BUDOWNICTWO MIESZKANIOWE I INWESTYCJA W PRZYSZŁOŚĆ” JAKO CICHEGO UDZIAŁU DO BANKU HELABA

- (15) Ustawą z dnia 17 grudnia 1998 r. kraj związkowy Hesja utworzył fundusz celowy pod nazwą „Budownictwo

⁽⁵⁾ NordLB: Dz.U. C 81 z 4.4.2003, str. 2; BayernLB: Dz.U. C 81 z 4.4.2003, str. 13; HLB: Dz.U. C 81 z 4.4.2003, str. 24; Helaba: Dz.U. C 73 z 26.3.2003, str. 3 i LBKiel: Dz.U. C 76 z 28.3.2003, str. 2.

mieszkańciami i inwestycja w przyszłość” („Wohnungswesen und Zukunftsinvestition”). Upoważniła ona Ministerstwo Finansów Hesji do wniesienia całości lub części tego funduszu w postaci cichego udziału lub w innej formie dopuszczalnej w świetle przepisów o nadzorze bankowym jako udziału kapitałowego w zamian za wynagrodzenie na warunkach rynkowych, które powiększałyby fundusz celowy.

- (16) Fundusz celowy obejmuje wierzytelności kraju związkowego z tytułu kredytów przyznanych w latach 1948-1998 na wspieranie budowy mieszkań socjalnych. W dniu 31 grudnia 1998 r. wartość kredytu wynosiła 7,829 mld DEM (udział kraju związkowego wynosił 6,026 mld DEM). Jego wartość gotówkowa została obliczona przez dwóch niezależnych biegłych na 2,473 mld DEM (1,264 mld EUR). Na mocy umowy zawartej w grudniu 1998 r. między krajem związkowym Hesja i bankiem Helaba fundusz celowy został wniesiony do banku Helaba z dniem 31 grudnia 1998 r. jako cichy udział.
- (17) W wyniku przeszacowania przeprowadzonego przez biegłego zgodnie z postanowieniem umowy ustalono wartość funduszu wspierającego w dniu 31 grudnia 2003 r. na [...] (*) mln EUR. Wzrost wartości wynika z nadwyżki przychodów nad rozchodami z funduszu wspierającego od 1999 r. Jednak do czasu ostatecznego porozumienia z Federalnym Urzędem Nadzoru Usług Finansowych (zwanym dalej „BaFin”), uprzednio funkcjonującego jako Federalny Urząd Nadzoru Bankowości (zwany dalej „BAKred”), odnośnie do wyniku wyceny biegłego bank Helaba dysponował w dniu 31 grudnia 2003 r. tylko dotychczasową wartością referencyjną.
- (18) Zwiększenie płynności lub dochodów banku nie jest związane z wniesieniem funduszu celowego w postaci cichego udziału. Spłaty (odsetki i spłaty kapitału) pożyczek mieszkaniowych nie zasilają funduszy banku, ale wpływają do funduszu celowego i ponownie należy je wykorzystywać na cele wspierające.
- (19) Wniesienie funduszu celowego do banku Helaba należy postrzegać jako dążenie kraju związkowego do uporządkowania oraz wydajniejszego zarządzania swoimi instrumentami w zakresie wspierania i polityki strukturalnej.
- (20) Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy kraj związkowy rozważał najpierw ogłoszenie przetargu odnośnie do funduszu wspierającego budownictwo mieszkaniowe i jego sprzedaż bankom prywatnym w kilku transzach za wartość gotówkową. Podział funduszu celowego na transze byłby wprawdzie korzystny ze względu na to, że powiększyłaby się liczba możliwych partnerów bankowych kraju związkowego, ponieważ grono potencjalnych zainteresowanych majątkiem o wartości 2,5 mld DEM jest raczej wąskie. Przeciwnie temu rozwiązaniu przemawiało to, że fundusz celowy jest funduszem odnawialnym, refinansowanym ze spłat udzielonych pożyczek, i że w związku z tym stanowi jedną

całość. Okresowe ustalanie wartości transz podzielonych na poszczególne instytucje kredytowe łączyłoby się, zdaniem Niemiec, ze znacznymi kosztami. Ponadto zmniejszyłaby się elastyczność kraju związkowego w wyniku ewentualnych przesunięć punktów ciężkości w obrębie różnych celów wsparcia.

- (21) W związku z tym kraj związkowy zdecydował się nie dzielić funduszu wspierającego budownictwo mieszkaniowe, a spłaty przeznaczyć ponownie na cele wspierające budownictwo mieszkaniowe oraz rozwój gospodarczy, zorganizować zarządzanie funduszem możliwie wydajnie i po jak najmniejszych kosztach, a przez inne wykorzystanie zasobów funduszu generować dodatkowe przychody.
- (22) W ramach tych założeń politycznych bank Helaba zadeklarował, że przyjmie cały zasób wierzytelności o łącznej wartości 2,473 mld DEM (1,264 mld EUR) jako depozyt i będzie nim zarządzał. Za przeniesieniem do banku Helaba przemawiał również fakt, że już od 1953 r. zarządzał on prawnie niesamodzielnym obszarem działania, jakim są Krajowe Urzędy Powiernicze – *Landestreuhandstellen* (zwane dalej LTH) oraz zarządzał powierniczo programami wspierającymi. Zgodnie z umową państwową oraz statutem bank Helaba jest zobowiązany do uwzględnienia w swojej polityce handlowej ogólnych zasad gospodarczych. Te trzy czynniki przekonały kraj związkowy, że bank Helaba będzie jego najlepszym partnerem, który umożliwi realizację celów ustawy powołującej fundusz celowy.
- (23) Zgodnie z [...] w myśl § 10 ust. 4 niemieckiego prawa bankowego (*Kreditwesengesetz* – KWG) z dnia 30 grudnia 1998 r. kraj związkowy przeniósł fundusz celowy do banku w formie spółki wewnętrznej jako „cichy udział majątkowy”. To znaczy, że kraj związkowy zawiązał z bankiem Helaba cichą spółkę zgodnie z § 230 i nast. niemieckiego kodeksu handlowego (*Handelsgesetzbuch*), tzn. spółkę osobową, w której cichy udziałowiec uczestniczy kapitałowo w działalności handlowej innego przedsiębiorstwa w taki sposób, że wkład wchodzi w skład majątku przedsiębiorstwa prowadzącego działalność.
- (24) Zgodnie z [...] wkład został wniesiony, „aby służyć w banku stale jako obowiązkowy kapitał własny w formie kapitału podstawowego w rozumieniu przepisów § 10 ust. 2 i 2a zdanie 1 oraz ust. 4 KWG oraz z uwzględnieniem wymagań sformułowanych przez Bazylejski Komitet Nadzoru Bankowego (Bank Rozrachunków Międzynarodowych) dnia 27 października 1998 r.”.
- (25) Aby można było zaliczyć cichy udział do obowiązkowego kapitału własnego instytucji kredytowych zgodnie z § 10 ust. 4 KWG, musi on przede wszystkim uczestniczyć w pełnej wysokości w stracie, a w przypadku upadłości lub likwidacji instytucji jest zwracany dopiero po zaspokojeniu wszystkich wierzycieli. Ponieważ ustalono, że kraj związkowy Hesja nie może wypowiedzieć cichego udziału,

(*) Informacje poufne, również w dalszej części tekstu oznaczone [...].

zdaniem Niemiec nie stosuje się do niego granicy 15 % dotyczącej innowacyjnych instrumentów finansowych ustalonej przez Komitet Bazylejski, ale został on w pełnej wysokości uznany przez BAKred za obowiązkowy kapitał własny pierwszej kategorii (kapitał podstawowy).

- (26) Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy kraj związkowy nie skorzystał z możliwości wniesienia funduszu celowego na wspieranie budownictwa mieszkaniowego w formie kapitału zakładowego, zamiast w formie cichego udziału, ponieważ w tamtym okresie nie chciał angażować się jako bezpośredni udziałowiec i gwarant, nie było to również požądane przez ówczesnego jedyne go udziałowca, Związek Kas Oszczędnościowych i Zyrowych Hesji i Turynгии.
- (27) Przeniesienie majątku przez kraj związkowy Hesja do banku Helaba dokonane w roku 1998 nie ma związku czasowego z wcześniejszymi przeniesieniami funduszy wspierających do banków krajów związkowych w Niemczech, które również są przedmiotem skargi BdB oraz procedury dochodzenia wszczętej przez Komisję. Zdaniem Niemiec kraj związkowy Hesja w pewnej mierze niewątpliwie się na nich wzorował, nawet jeśli przy przeniesieniu majątku do banku Helaba skorzystano z instrumentów rynku kapitałowego i zasad nadzoru bankowego, które w międzyczasie znacznie się rozwinęły w kierunku większego zastosowania i akceptacji hybrydowych lub innowacyjnych instrumentów kapitału podstawowego, a które w pierwszej połowie lat 90-tych nie były jeszcze dostępne w Niemczech w tej formie lub w takim zakresie, lub nie były uznawane przez nadzór bankowy.
3. WYMAGANIA KAPITAŁOWE ZGODNIE Z DYREKTYWĄ W SPRAWIE FUNDUSZY WŁASNYCH ORAZ DYREKTYWĄ W SPRAWIE WSKAŹNIKA WYPŁACALNOŚCI
- (28) Zgodnie z dyrektywą Rady 89/647/EWG ⁽⁶⁾ (zwaną dalej „dyrektywą w sprawie wskaźnika wypłacalności”) oraz dyrektywą Rady 89/299/EWG ⁽⁷⁾ (zwaną dalej „dyrektywą w sprawie funduszy własnych”), na mocy których znowelizowano Prawo bankowe („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 rozumieniu przepisów o nadzorze bankowym, ponieważ kapitał uzupełniający (kapitał „drugiej kategorii”), przeznaczony na pokrycie ryzykownych operacji banku, nie może przekraczać wysokości kapitału podstawowego.

4. WPLYW WNIESIENIA KAPITAŁU NA WIELKOŚĆ KAPITAŁU PODSTAWOWEGO BANKU HELABA

- (29) Zakres operacji przeprowadzanych przez instytucje kredytowe zależy w dużej mierze od posiadanego kapitału własnego. Został on znacznie podwyższony w wyniku przeniesienia funduszu celowego na bank Helaba.
- (30) Z wartości cichego udziału ustalonej przez biegłego, ujętej w bilansie banku Helaba i uznanej za kapitał podstawowy przez nadzór bankowy w wysokości 2,473 mld DEM (1,264 mld EUR) bank Helaba może potencjalnie wykorzystywać do pokrycia działalności komercyjnej rocznie zmieniającą się kwotę 2,3 mld DEM (ok. 1,2 mld EUR). Pozostała część wkładu, zgodnie z informacjami Niemiec, przeznaczona jest na pokrycie należności funduszu celowego. Jednak kraj związkowy Hesja oraz bank Helaba w ww. umowie ustaliły rozwiązanie stopniowe, zgodnie z którym w latach od 1999 r. do 2002 r. bank Helaba może wykorzystać corocznie wzrastającą kwotę częściową kapitału podstawowego na pokrycie działalności komercyjnej, od której to części kapitału powinien zapłacić wynagrodzenie. Dopiero od roku 2003 kwota uznana przez BaFin może być w pełni wykorzystana na pokrycie działalności komercyjnej, jeżeli nie jest ona związana celowo na potrzeby działalności wspierającej. Dokładne kwoty, którymi dysponuje bank Helaba jako kapitałem podstawowym, i które może przeznaczyć na pokrycie lub które rzeczywiście pokrywają działalność komercyjną, zostały przedstawione w poniższej tabeli:

⁽⁶⁾ Dz.U. L 386 z 30.12.1989, zniesiona i zastąpiona przez dyrektywę 2000/12/WE, Dz.U. L 126 z 26.5.2000.

⁽⁷⁾ Dz.U. L 124 z 5.5.1989, zniesiona i zastąpiona przez dyrektywę 2000/12/WE.

Diagram: Wartość uznana przez nadzór bankowy oraz pokrycie lub możliwość pokrycia cichego udziału (w mln EUR; wartość na koniec roku = średnia wartość roczna) ⁽⁸⁾

| | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 |
|--|---------|---------|---------|---------|---------|
| Wartość nominalna w bilansie | 1 264,4 | 1 264,4 | 1 264,4 | 1 264,4 | 1 264,4 |
| Kapitał podstawowy uznany przez nadzór bankowy na pokrycie aktywów ryzykownych | 1 264,4 | 1 264,4 | 1 264,4 | 1 264,4 | 1 264,4 |
| Kapitał podstawowy pokrywający działalność wspierającą | [...] | [...] | [...] | [...] | [...] |
| Kapitał podstawowy, który może być wykorzystany na pokrycie działalności komercyjnej, ale nie jest wykorzystany ze względu na tzw. model stopniowy | [...] | [...] | [...] | [...] | [...] |
| Kapitał podstawowy, który zgodnie z tzw. modelem stopniowym może być wykorzystany na pokrycie lub który pokrywa działalność komercyjną | [...] | [...] | [...] | [...] | [...] |

- (31) Do chwili ostatecznego porozumienia z BAFin w sprawie wyniku wyceny funduszu wspierającego przez biegłego w dniu 31 grudnia 2003 r. bank Helaba miał do dyspozycji wcześniejszą wartość referencyjną (do wykorzystania na działalność komercyjną) w wysokości [...] mln EUR.
- (32) Zgodnie z informacjami Niemiec w wyniku przeniesienia kapitału wzrósł zgłoszony do BAKred, obecnie BAFin, współczynnik kapitału podstawowego zgodnie z Umową Kapitałową Komitetu Bazylejskiego z 5,4 % (31 grudnia 1997 r.) do 9,3 % (31 grudnia 1998) oraz współczynnik funduszy własnych z 9,6 % (31 grudnia 1997 r.) do 13,1 % (31 grudnia 1998 r.). To znaczy, że zgłoszony współczynnik kapitału podstawowego oraz funduszy własnych wzrósł odpowiednio o około 72 % i 36 %.
- (33) Dzięki udostępnionym środkom wzrosła możliwość rozszerzenia działalności o aktywa ważone 100 %-tym ryzykiem przy założeniu mnożnika 12,5, który odpowiada współczynnikowi kapitału własnego w wysokości 8 %, o ok. 28 mld DEM (14 mld EUR). W rzeczywistości dzięki podniesieniu środków własnych o 2,3 mld DEM dopuszczalna wartość kredytów jest jednak dużo większa, ponieważ normalnie aktywa banku nie są obciążone 100 %-tym ryzykiem.
- (34) Ponieważ podwyższenie kapitału podstawowego banku Helaba umożliwiło również zwiększenie kapitału uzupełniającego, rzeczywisty potencjał kredytowy zwiększył się pośrednio jeszcze bardziej.

⁽⁸⁾ Uwagi Niemiec z dnia 23 czerwca 2004, str. 2-7.

- (35) Poniższa tabela prezentuje zestawienie zmian kapitału podstawowego banku Helaba w wielkościach absolutnych i względnych, z uwzględnieniem cichego udziału majątkowego kraju związkowego Hesja oraz innych cichych udziałów majątkowych od 1997 r., przy czym dane zostały podzielone na wielkości uznane przez nadzór bankowy i ustalone umownie modelem stopniowym.

| Wykres: Wartości na koniec roku | | 1997 | 1998 | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 |
|--|--|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| | | mln € | mln € | mln € | mln € | mln € | mln € | mln € |
| Zgodnie z przepisami o nadzorze bankowym | Cichy udział kraju związkowego Hesja | - | 1 023 | 1 264 | 1 264 | 1 264 | 1 264 | 1 264 |
| | Inne ciche udziały | 153 | 153 | [...] | [...] | [...] | [...] | [...] |
| | Kapitał podstawowy | 1 449 | 2 579 | [...] | [...] | [...] | [...] | [...] |
| | Stosunek cichego udziału kraju związkowego Hesja w % | - | 40 % | [...] | [...] | [...] | [...] | [...] |
| | Stosunek innych cichych udziałów w % | 11 % | 6 % | [...] | [...] | [...] | [...] | [...] |
| Zgodnie z umownym planem stopniowym | Cichy udział kraju związkowego Hesja | - | - | [...] | [...] | [...] | [...] | [...] |
| | Inne ciche udziały | 153 | 153 | [...] | [...] | [...] | [...] | [...] |
| | Kapitał podstawowy | 1 449 | 1 556 | [...] | [...] | [...] | [...] | [...] |
| | Stosunek cichego udziału kraju związkowego Hesja w % | - | - | [...] | [...] | [...] | [...] | [...] |
| | Stosunek innych cichych udziałów w % | 11 % | 10 % | [...] | [...] | [...] | [...] | [...] |

5. WYNAGRODZENIE ZA PRZENIESIONE FUNDUSZE WŁASNE

- (36) Zgodnie z informacjami Niemiec bank Helaba płaci krajowemu związkowemu wynagrodzenie za cichy udział (tzw. prowizję gwarancyjną) w wysokości 1,4 % p.a. składające się z wynagrodzenia za funkcję gwarancyjną w wysokości 1,2 % p.a. oraz marżę w wysokości 0,2 % za bezterminowość wkładu oraz za jednostronne prawo banku do wypowiedzenia, do tego należy naliczyć podatek od działalności gospodarczej od tej części funduszu wspierającego, z której korzysta bank, co daje łącznie 1,66 %. Zgodnie z ustaleniami tzw. modelu stopniowego, wynagrodzenie w pierwszych czterech latach (1998-2002) płacone jest nie od wartości całego majątku, ale od uzgodnionych, corocznie zwiększających się transz (wartości referencyjne), które zgodnie z ustaleniami umowy o wniesieniu udziału mają

być wykorzystane do pokrycia działalności komercyjnej. Zgodnie z informacjami Niemiec wynagrodzenie opierające się na modelu stopniowym jest płatne niezależnie od tego, czy cichy udział będzie użyty do pokrycia działalności komercyjnej lub operacji w ramach zadań publicznych, a także od tego, czy wniesiony kapitał zostanie w ogóle użyty do osiągnięcia adekwatności kapitałowej.

6. PRZYCZYNY WSZCZĘCIA PROCEDURY

- (37) W decyzji o wszczęciu procedury z dnia 13 listopada 2002 r. Komisja wyraziła tymczasowe przekonanie, że wniesienie pożyczki wspierającej budownictwo mieszkaniowe przez kraj związkowy Hesja do banku Helaba jest prawdopodobnie nową pomocą państwa w rozumieniu artykułu 87 ust. 1 Traktatu WE, która została oceniona za niezgodną ze

wspólnym rynkiem, ponieważ nie można do niej zastosować odstępstw wymienionych w art. 87 ust. 2 i 3 Traktatu WE oraz art. 86 ust. 2 Traktatu WE.

- (38) Punktem wyjściowym badania Komisji jest zasada rynkowego działania inwestora. Zgodnie z nią mamy do czynienia ze sprzyjaniem przedsiębiorstwu przy użyciu zasobów państwowych, jeżeli udostępni mu się zasoby państwowe, których przedsiębiorstwo nie otrzymałoby na normalnych warunkach rynkowych.
- (39) W związku ze stopą długoterminowych bezpiecznych papierów wartościowych (dziesięcioletnie obligacje federalne) w wysokości 4 % na koniec 1998 r. Komisja wyraziła wątpliwość, czy uzgodnione wynagrodzenie można uznać za odpowiednie, w szczególności uwzględniając właściwą marżę za ryzyko. Z drugiej jednak strony Komisja przyznała, że przy ustalaniu wynagrodzenia na poziomie rynkowym trzeba uwzględnić brak płynności wniesionego kapitału. Pożyczki przeznaczone na cele wspierające wniesione w postaci cichego udziału należy przeznaczyć na publiczne cele wspierające, tak jak przed wniesieniem. W ten sposób bank Helaba nie może użyć przeniesionych środków bezpośrednio w swojej działalności. Jednakże dzięki zwiększeniu kapitału własnego wzrósł potencjał kredytowy banku Helaba (funkcja rozszerzenia działalności kapitału własnego). Bank może zwiększyć wartość transakcji w pełnym zakresie tylko, jeśli w pełnym zakresie może refinansować wartość dodatkowych kredytów na rynku kapitałowym. Zdaniem Komisji kraj związkowy nie może w związku z tym oczekiwać takiego samego zwrotu z kapitału jak inwestor wnoszący płynny kapitał, dlatego odpowiednie potrącenie jest uzasadnione. Jest jednak wątpliwe czy to uzasadnia odpis całości kosztów refinansowania brutto od wynagrodzenia na zasadach rynkowych za płynny cichy udział, uwzględniając możliwość odpisania kosztów refinansowania od podatku.
- (40) Komisja miała wątpliwości, czy wynagrodzenie podstawowe za cichy udział w wysokości 1,2 % p.a. mieści się w przedziale rynkowym za porównywalne transakcje, w szczególności dlatego, że wartość absolutna przewyższała zwyczajowe kwoty rynkowe. Ponadto Komisja wyraziła wątpliwość, czy dopłata w wysokości 0,2 % p.a. za długoterminowość wkładu odpowiada warunkom rynkowym, a także czy dodatkowy podatek od działalności gospodarczej w wysokości 0,26 % p.a., który w tym przypadku musi zapłacić bank Helaba, a którego nie musiałby płacić za przyjęcie cichego udziału od inwestora prowadzącego działalność komercyjną, może być uznany za kolejny składnik wynagrodzenia lub za właściwy do porównania rynkowego.
- (41) Oprócz tego Komisja wyraziła wątpliwość, czy inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi w porównywalnej sytuacji zgodziłby się ograniczyć wynagrodzenie w pierwszych latach do kwot częściowych. W tym kontekście należy ponadto sprawdzić, czy Bank Helaba odniósł korzyści z części cichego udziału, za który nie zapłacono wynagrodzenia, a w szczególności, czy poprawiła się jego wypłacalność, ponieważ cichy udział od początku ujęto w pełnej wysokości w bilansie i w związku z tym mógł być on przeznaczony na cele gwarancyjne.

III. UWAGI NIEMIEC

- (42) Niemcy wyjaśniły, że kraj związkowy Hesja w latach 1997/98 poszukiwał możliwości uzyskania dodatkowych przychodów ze swojego funduszu wspierającego budownictwo mieszkaniowe z zachowaniem jego przeznaczenia celowego poprzez ulokowanie go w jednej z instytucji kredytowych. Przy tym nie chciano dzielić funduszu. Na to zgodził się tylko bank Helaba. Udziałowcy banku Helaba nie zgodziliby się na nabycie przez kraj związkowy udziałów w kapitale zakładowym. W związku z tym jedynym instrumentem kapitału podstawowego był cichy udział.
- (43) Zdaniem Niemiec do banku Helaba nie można odnieść wniosków Komisji, które zostały postawione w stosunku do innych banków krajów związkowych, przede wszystkim bank Helaba przynosi zyski, a jego kapitału obowiązkowego nie można nazwać słabym, tak że ani utrzymanie dotychczasowego poziomu operacji, ani wygosparowanie środków na rozwój nie są zależne od przeniesienia majątku funduszu. Bank Helaba mógł otrzymać potrzebny kapitał od swoich udziałowców, od Związku Kas Oszczędnościowych i Żyrowych Turynii i Hesji, a także zdobyć go na rynku kapitałowym.
- (44) Po sformułowaniu przez Bazylejski Komitet Nadzoru Bankowego dnia 21 października 1998 r. w tak zwanej „Deklaracji z Sydney” nowych wytycznych dla międzynarodowych instytucji kredytowych odnośnie do zasad uznawania przez nadzór bankowy instrumentów kapitału podstawowego, kraj związkowy i bank opowiedziały się za przyjęciem środków na czas nieokreślony po to, aby sprostać nowym zasadom odnoszącym się do uznania za kapitał podstawowy po przekroczeniu granicy 15 %. Ponadto kraj związkowy zażądał zwiększenia wynagrodzenia w wysokości 0,20 % p.a. za bezterminowość wkładu oraz za jednostronne prawo banku do wypowiedzenia.
- (45) Zdaniem Niemiec w związku z ww. Deklaracją z Sydney Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego rozwinął się rynek zamienny dla cichych wkładów, który charakteryzuje się dużą dywersyfikacją inwestorów, a paleta inwestorów sięga od osób prywatnych do dużych inwestorów instytucjonalnych.
- (46) Cichy udział różni się zasadniczo od udziału w kapitale zakładowym lub akcyjnym. Cichy wspólnik nie posiada udziałów w przedsiębiorstwie, a jego uprawnienia kontrolne mają bardzo ograniczony zakres. Podczas gdy kapitał podstawowy uprawnia do otrzymania dywidendy po odprowadzeniu podatku, wypłata z zysku przypadająca na cichy udział jest kosztem operacyjnym, o który można pomniejszyć podatek. Zgodnie z niemieckimi przepisami o nadzorze bankowym ciche udziały już przed 1998 r. uznawano za kapitał podstawowy bez ograniczenia wartościowego, a zgodnie z międzynarodowymi przepisami o nadzorze bankowym bezterminowe ciche udziały uznawane są za kapitał podstawowy od „Deklaracji z Sydney” w październiku 1998 r. W latach 1998/99 instytucje kredytowe korzystały z cichych udziałów w coraz większym stopniu. Kwoty te kształtowały się na poziomie do 1 mld USD lub 1,2 mld DEM (ok. 0,6 mld EUR). Na początku lat 90-tych ciche udziały nie były

jeszcze tak powszechne, w latach 1998/99 jednak znaczenie tego instrumentu finansowania nie było już marginalne.

- (47) Uzgadniając konstrukcję prawną oraz wynagrodzenie, kraj związkowy wzorował się na porównywalnych transakcjach prywatnych instytucji kredytowych. Niemcy podały, że na przykład w 1998 r. bank SGB uzgodnił wynagrodzenie za gwarancję na poziomie wyższym o 1,2 % p.a., HypoVereinsbank Luxemburg wyższym o 1,6 % p.a., a w 1999 r. Dresdner Capital LLC wyższym o 1,65 %, HypoVereinsbank Luxemburg wyższym o 1,25 % p.a., a Deutsche Bank za tzw. obligacje bez określonego terminu zapadalności (*perpetuals*) wyższym o 1,15 % p.a. niż każdorazowo obowiązująca stopa referencyjna. Marże na wynagrodzenia za środki przyjęte od instytucji prywatnych zasadniczo mieściły się w przedziale między 0,80 % powyżej stawki LIBOR 12M⁽⁹⁾ i 2,15 % powyżej oprocentowania obligacji Stanów Zjednoczonych⁽¹⁰⁾. Ponadto kasy oszczędnościowe w Hesji i Turyngii z dniem 5 grudnia 1997 r. wniosły do banku Helaba cichy udział, przy czym ich wynagrodzenie wynosiło 1,2 % p.a. powyżej stopy referencyjnej.
- (48) Niemcy wyjaśniły również, że oprocentowanie zmienne odnosi się do stóp referencyjnych instrumentów rynku pieniężnego (Libor i Euribor), a oprocentowanie stałe do instrumentów rynku obligacji (obligacje państwowe o stałym oprocentowaniu, jak np. amerykańskie obligacje skarbowe i niemieckie obligacje federalne), natomiast stopy procentowe odnoszą się do rynku swapowego. Na międzybankowym rynku pieniężnym euro handluje się obligacjami zwyczajowo bez dodatkowych marż na bazie stawek Libor lub Euribor. Jeżeli dla cichych udziałów wybrano te stopy referencyjne, marże są identyczne z wynagrodzeniem za gwarancję dla cichych udziałów. Na rynku obligacji stosuje się zwyczajowo zysk z obligacji państwowych jako stopy referencyjne, a od końca lat dziewięćdziesiątych coraz częściej stosuje się stopę referencyjną *mid swaps* (=średnia stopa z przedziału pieniądza oraz papierów dłużnych na rynku swapowym). Nawet za pierwszorzędne obligacje bankowe banki musiałyby ze względu na wypłacalność i/lub płynność zapłacić różną, zmieniającą się w zależności od sytuacji na rynku, marżę naliczaną na stopę obligacji państwowych o takim samym czasie obowiązywania. Marża ta nazywana jest marżą za refinansowanie. Dlatego do obliczenia cichych udziałów instytucji kredytowych o stałym oprocentowaniu od marży na wynagrodzenie należy odjąć tę marżę za refinansowanie.
- (49) Jak podały Niemcy, marże za refinansowanie dla banków ze strefy euro (*senior bonds* – obligacje z prawem pierwszeństwa, indeks JP Morgan) w stosunku do stopy obligacji federalnych wzrosły w trakcie dwóch lat 1998 i 1999 z 20 do ponad 40 punktów bazowych. Na koniec 1998 r. wynosiły one prawie 40 punktów bazowych⁽¹¹⁾. W przeciwieństwie do tego, jeżeli wybrano stopę swapową („*mid swaps*”) jako stopę refinansowania, marża procentowa cichego udziału odpowiada raczej szczególnemu wynagrodzeniu za gwarancję cichego udziału, ponieważ marża procentowa stopy swapowej naliczana w stosunku do stopy obligacji federalnych rynkowo bardziej odpowiada marży procentowej „pokrytych” obligacji bankowych naliczanej w stosunku do obligacji federalnych i można ją zamienić na marżę procentową naliczaną w stosunku do stawki Euribor.
- (50) Kraj związkowy oraz bank prowadzili rozmowy na temat wkładu oraz wynagrodzenia z pozycji dwóch niezależnych od siebie parterów. Ostatecznie uzgodnione wynagrodzenie w wysokości 1,4 % p.a. (1,2 % p.a. oraz marża w wysokości 0,2 % za bezterminowość wkładu oraz za jednostronne prawo banku do wypowiedzenia) oparto na wymienionych przedziałach zawierających liczne, wtedy aktualne dane z rynku.
- (51) Odnośnie do marży za bezterminowość wkładu Niemcy wyjaśniły szczegółowo, że przy porównywalnych transakcjach stosuje się czas trwania od 10 do 12 lat, ale także 32 lata i nieograniczony. Marża w wysokości 0,2 % za bezterminowość wkładu odpowiada warunkom rynkowym, jeżeli weźmie się pod uwagę rating wypłacalności banku Helaba AAA/Aaa w przedmiotowym momencie, jakiego nie otrzymała żadna z porównywalnych instytucji kredytowych. Transakcje rynku kapitałowego przyjęte do porównania nie wykazywały ponadto zależności wysokości wynagrodzenia od kwoty otrzymanych środków, i to ani z punktu widzenia instytucji kredytowych (łączna wartość każdorazowej emisji), ani z punktu widzenia inwestorów (wartość każdorazowo subskrybowanej transzy).
- (52) Od wynagrodzenia w wysokości 1,4 % bank Helaba musi dodatkowo płacić podatek od działalności gospodarczej, którego nie płaci kraj związkowy Hesja, w związku z tym łączne obciążenie wynosi 1,66 % (przed opodatkowaniem). Zdaniem Niemiec, porównując wynagrodzenia, należy uwzględnić efekt podatku od działalności gospodarczej – w przypadku cichego wkładu banku Helaba - 0,26 % p.a. Firmy inwestujące w Niemczech płacą podatek od działalności gospodarczej od udziałów w zyskach z tytułu cichych udziałów. Kraj związkowy Hesja nie płaci jednak podatku od działalności gospodarczej. W przeciwieństwie do tego bank Helaba musi płacić podatek od działalności gospodarczej od cichych wkładów. Inwestor instytucjonalny działający zgodnie z zasadami rynkowymi zażądałby wyższego wynagrodzenia niż kraj związkowy, aby zrównoważyć obciążenie podatkiem od działalności gospodarczej. I odwrotnie, bank Helaba zapłaciłby takiemu inwestorowi marżę od wynagrodzenia, ponieważ nie stanowi to dla niego różnicy, czy zapłaci marżę w ramach wynagrodzenia inwestorowi czy podatek od działalności gospodarczej do urzędu skarbowego. Uwzględniając efekt podatku od działalności gospodarczej w wysokości 0,26 % p.a., obciążenie banku Helaba za cichy udział w związku z

⁽⁹⁾ Patrz uwagi Niemiec z dnia 9 kwietnia 2003 r., str. 25: zmienne oprocentowane transze cichego udziału przyjętego przez Deutsche Bank w styczniu 1998 r. o wartości ponad 700 mln USD na okres 10 lat.

⁽¹⁰⁾ Patrz uwagi Niemiec z dnia 9 kwietnia 2003 r., str. 25: transze cichego udziału przyjętego przez Dresdner Bank w maju 1999 r. o wartości ponad 1000 mln USD na okres 32 lat.

⁽¹¹⁾ Patrz wykres w załączniku 15 do uwag Niemiec z dnia 9 kwietnia 2003 r.

obowiązkowym wynagrodzeniem w wysokości 1,40 % p.a. wynosi łącznie 1,66 % i mieści się jednoznacznie w przedziale rynkowym, a wynika z ustaleń między bankiem Helaba a krajem związkowym Hesja.

- (53) Zdaniem Niemiec płacone wynagrodzenie stanowi dla banku Helaba koszt działalności, o który można pomniejszyć podatek. Przy obliczaniu wskaźnika wypłacalności zgodnie z przepisami nadzoru bankowego ciche udziały stanowią kapitał własny, podczas gdy prawo spółek oraz przepisy podatkowe traktują je jako kapitał obcy.
- (54) Ponadto na zaplanowany roczny wzrost bank potrzebował tylko [...] mln DEM kapitału własnego, a wartość funduszu wspierającego stanowiącego kapitał obowiązkowy z punktu widzenia przepisów nadzoru bankowego wynosiła ponad [...] mld DEM. Zdaniem Niemiec bank Helaba nie przyjąłby jednorazowo cichego udziału o wartości ok. 2,5 mld DEM, ponieważ kwota ta pokrywa jego zapotrzebowanie na środki własne na wiele lat; raczej skorzystałby on ponownie z rynku kapitałowego. Pomimo tych efektów obciążających bank Helaba nie uzgodniono zmniejszenia stawki wynagrodzenia w wysokości 1,4 %. Zamiast tego kraj związkowy oraz bank Helaba uzgodniły rozwiązanie przejściowe polegające na stopniowym wykorzystaniu i wynagrodzeniu za cichy udział (tzw. model stopniowy). Bank dążył przy tym do rozwiązania, w którym płaciłby za depozyt tylko odpowiednio do rozwoju założonego przez właścicieli w wysokości rzeczywistego pokrycia przez aktywa ryzykowne. To jednak było zbyt niekorzystne dla kraju związkowego Hesja i w związku z tym nie mogło być zaakceptowane. Po negocjacjach w celu znalezienia kompromisu dla przeciwstawnych interesów uzgodniono corocznie wzrastające transze, za które należy zapłacić wynagrodzenie (1999: [...] mln DEM, 2000: [...] mld DEM, 2001: [...] mld DEM, 2002: [...] mld DEM, 2003: [...] mld DEM lub górna granica wykorzystanego kapitału podstawowego). Ten tzw. model stopniowy przewidywał na pierwsze lata wyraźnie szybszy wzrost niż było to konieczne dla planowanego wzrostu banku. Zarząd wnioskował u rady nadzorczej o zgodę na dodatkowy kontyngent specjalny w wysokości [...] mln DEM na pokrycie obowiązkowego kapitału własnego, z którego przychodów będzie finansowane wynagrodzenie różnicy w interesie obsługi depozytu neutralnej dla wyniku. To pokazuje zdaniem Niemiec, że „przedotowanie” nie tylko nie przysparza dodatkowej korzyści dla banku, ale bez kontyngentu specjalnego wpływałoby negatywnie na dochody banku, ponieważ wynagrodzeniu za części stopniowo wzrastającej podstawy, która nie znajdowałaby pokrycia w dodatkowych transakcjach, nie odpowiadałyby żadne przychody.
- (55) W ten sposób powstałby corocznie wzrastający obowiązek zapłaty w wysokości do ok. 33 mln DEM od 2003 r. Oprócz wynagrodzenia za cichy udział bank ponosi też koszty refinansowania udzielonych kredytów.
- (56) Ponadto Niemcy przedstawiły swoje zdanie odnośnie do inwestora działającego zgodnie z zasadami rynkowymi. Prawo mówi, że inwestor sam określa, czy świadczenie oraz świadczenie zwrotne odpowiadają zasadom rynkowym. W związku z tym powstają wątpliwości, jeżeli Komisja w decyzji o wszczęciu procedury zaznacza, że chce zbadać z punktu widzenia otrzymującego, czy bank Helaba odniósł korzyść, której nie odniósłby przy zastosowaniu normalnych warunków rynkowych.
- (57) W związku z tym nie wydaje się właściwe, że niezależnie od tego, czy inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi zaakceptowałby stopniowo rosnącą podstawę wynagrodzenia, Komisja chce zbadać, czy bank Helaba odniósł inną korzyść (poprawa ogólnej wypłacalności) z części cichego udziału, za którą nie zapłacono wynagrodzenia. Nie można się wyłącznie powoływać na uprzywilejowane przedsiębiorstwo, zgodnie z nr 327 wyroku dotyczącego WestLB. Dodatkowa korzyść otrzymującego nie ma znaczenia, jeżeli inwestor działający na zasadach rynkowych nie zażądał za tę korzyść dodatkowego wynagrodzenia, i to bez względu na jego motywację. Żadna instytucja kredytowa nie zgodziłaby się zapłacić wynagrodzenia od razu za całą kwotę, jeżeli na rozwój swojej działalności mogłaby spożytkować tylko powoli wzrastające kwoty częściowe, a dla pozostałej nadwyżki nie miałyby przeznaczenia. Pomimo znacznej wartości funduszu wspierającego budownictwo mieszkaniowe kraj związkowy Hesja chciał ulokować go w całości w jednej instytucji kredytowej. W takim przypadku prywatny inwestor nie wymagałby wynagrodzenia od całego depozytu od razu, chyba że znalazłby instytucję kredytową, która koniecznie potrzebowałaby dokapitalizowania w takiej wysokości w związku z ekspansywnym rozwojem swojej działalności lub w celu wyrównania znacznych strat. W tym przypadku tak nie było. Bank Helaba nie odniósł żadnej korzyści z tej części cichego udziału, z którego w pierwszych latach nie mógł wcale skorzystać zgodnie z przepisami nadzoru bankowego oraz z wolą jego właścicieli.
- (58) W związku z modelem stopniowym uzgodnionym z krajem związkowym Hesja bank Helaba wykorzystał na rozwój swojej działalności tylko transzę o wartości ok. [...] mln DEM rocznie plus wymieniony kontyngent specjalny w wysokości [...] mln DEM. Model stopniowy odpowiada ekonomicznie wielu rozłożonym w czasie, następującym po sobie, przyjętym cichym udziałom. Kwoty otrzymane od prywatnych instytucji kredytowych można by porównać z kwotami poszczególnych transz. I już dlatego można mówić o wielkościach zgodnych z rynkowymi. Kraj związkowy nie mógł żądać marży na wynagrodzenie za przyjęcie całego funduszu celowego, do czego był skłonny tylko bank Helaba, ale po negocjacjach musiał raczej zaakceptować wynagrodzenie za stopniowo wzrastające części tego depozytu.

- (59) Wynagrodzenia za depozyt w postaci prowizji za awal słusznie nie płaci się za jego dodatkową funkcję gwarancyjną, skoro zgodnie z przepisami nadzoru bankowego bank nie mógł z niego skorzystać w celu rozszerzenia swojej działalności. Z ekonomicznego punktu widzenia nie byłoby rozsądne, aby instytucja kredytowa otrzymująca najwyższe oceny wypłacalności od wszystkich agencji ratingowych musiała płacić wynagrodzenie za funkcję gwarancyjną dodatkowo przyjętych środków. Nie poprawiły się warunki, na których bank może pozyskiwać kapitał obcy, w związku z tym nie odniósł on korzyści, którą można wyrazić w pieniądzu. Ponieważ wniesienie do banku niepodzielonego kapitału leżało w interesie inwestora, nie zdołałby on wynegocjować wynagrodzenia za funkcję gwarancyjną.
- (60) Wątpliwości wyrażone przez Komisję w decyzji o wszczęciu procedury, a dotyczące braku płynności kapitału wynikały częściowo z metodyki decyzji w sprawie WestLB, której jednak nie można zastosować w tym przypadku ze względu na duże różnice obydwu spraw. Zdaniem Niemiec w omawianym przypadku od wynagrodzenia za porównywalne, ale posiadające płynność, ciche udziały należy odjąć koszty refinansowania brutto, a nie tylko netto. Ponieważ także prywatne instytucje kredytowe mogą zaliczyć do kosztów działalności wynagrodzenie zapłacone za możliwość zaliczenia przyjętych cichych udziałów do środków płynnych. Gdyby w przypadku banku Helaba od fikcyjnego wynagrodzenia za cichy udział odjęto tylko koszty refinansowania netto, należałoby tak samo postąpić z wynagrodzeniem za ciche udziały rzeczywiście zapłaconym przez prywatne instytucje kredytowe. W innym przypadku porównanie nie byłoby prawdziwe.

IV. UWAGI ZAINTERESOWANYCH STRON

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

- (61) Zdaniem BdB bank Helaba nie zapłacił odpowiedniego wynagrodzenia za wniesiony kapitał i otrzymał w związku z tym pomoc państwa.
- (62) W swoich uwagach z dnia 29 lipca 2003 r. odnoszących się do procedury wszczętej dnia 13 listopada 2002 r. w stosunku do banków krajów związkowych BdB wyraził przekonanie, że odpowiednie wynagrodzenie należy obliczyć według metodyki, którą Komisja przyjęła w decyzji dotyczącej WestLB.
- (63) W związku z tym po pierwsze należy porównać udostępniony kapitał z innymi instrumentami kapitału własnego. Po drugie należy obliczyć minimalne wynagrodzenie, którego oczekiwałby inwestor za konkretną inwestycję w kapitał własny banku kraju związkowego. Ostatecznie należy obliczyć zwwyżki i potrącenia w związku ze szczególnym charakterem przeniesionych środków.

1.1. PORÓWNANIE Z INNYMI INSTRUMENTAMI KAPITAŁU WŁASNEGO

- (64) BdB twierdzi, że prawie wszystkie banki krajów związkowych potrzebowały od roku 1992 nowego kapitału podstawowego po to, aby sprostać zaostrożnym wymaganiom w związku z nową dyrektywą w sprawie współczynnika wypłacalności. Bez podniesienia kapitałów banki krajów związkowych musiałyby ograniczyć swoją działalność. Zdaniem BdB należy z tego wyciągnąć wniosek, że wniesiony kapitał można porównać tylko z takimi instrumentami kapitału własnego, które w roku wniesienia były uznawane i dostępne jako kapitał podstawowy (kapitał „pierwszej kategorii”). Z tego powodu z porównania należy wyłączyć od początku akcje uprzywilejowane, które nie dają prawa głosu, papiery wartościowe uprawniające do udziału w zysku i akcje uprzywilejowane bez określonego terminu zapadalności. Te trzy instrumenty kapitału własnego nie są w Niemczech uznawane za kapitał podstawowy, ale tylko za kapitał uzupełniający (kapitał „drugiej kategorii”).
- (65) W czasie, kiedy nastąpiło wniesienie kapitału za kapitał podstawowy uznawano w Niemczech tylko kapitał zakładowy oraz ciche udziały. Zdaniem BdB w przypadku tej konkretnej inwestycji bank Helaba mógł skorzystać tylko z formy prawnej kapitału akcyjnego lub zakładowego. BdB nie kwestionuje przy tym rzeczywistego uznania przez wymienione urzędy. Argumentuje raczej, że takie uznanie nie powinno mieć w ogóle miejsca, ponieważ tego konkretnego cichego udziału kraju związkowego Hesja z ekonomicznego i prawnego punktu widzenia nie można porównać z „normalnymi” cichymi udziałami, ale raczej z kapitałem akcyjnym/zakładowym. Skoro już jednak takie uznanie rzeczywiście miało miejsce, przynajmniej wynagrodzenie za cichy udział dla kraju związkowego Hesja musi bazować na kapitale akcyjnym/zakładowym, ponieważ takiego wynagrodzenia zażądałby inwestor działający na zasadach rynkowych w związku z analogią do kapitału zakładowego oraz z daną konkretną strukturą ryzyka.
- (66) BdB analizuje na podstawie całego katalogu kryteriów, dlaczego jego zdaniem cichy udział kraju związkowego Hesja z ekonomicznego i prawnego punktu widzenia jest porównywalny z kapitałem zakładowym, a nie z funkcjonującymi na rynku cichymi udziałami.
- (67) BdB przytacza argument, że „normalne” ciche udziały są ograniczone terminowo lub, że można je wypowiedzieć, a zgodnie z zasadami Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego nie mogą one przekraczać 15 % kapitału podstawowego, podczas gdy cichy udział kraju związkowego Hesja, podobnie jak kapitał zakładowy, jest terminowo nieograniczony i dopuszcza przekroczenie granicy 15 %. Z ustalonej podrzędności wniesionego kapitału nie można wywnioskować zmniejszonego ryzyka dla inwestora, ponieważ wniesiony kapitał stanowi znaczną część łącznego kapitału podstawowego, chwilami nawet ponad 50 %. W związku z tym prawdopodobieństwo, że wniesiony kapitał zostanie wykorzystany w przypadku

straty, jest zdecydowanie wyższe, a za to należy zapłacić wyższą premię za ryzyko. BdB przekonywało również, że z punktu widzenia przepisów o nadzorze bankowym ciche udziały uznawane są tylko za kapitał uzupełniający, a od wejścia w życie „Deklaracji z Sydney” Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego w roku 1998 mogą wynosić tylko 15 % wymaganego współczynnika kapitału podstawowego. W ten sposób nie można przyjmować cichych udziałów o dużej wartości, która przekracza tę granicę. Wreszcie tzw. perpetuals – bezterminowe obligacje Deutsche Bank, które wymieniły Niemcy, nie mogą stanowić skali porównawczej dla odpowiedniego wynagrodzenia, ponieważ do wszystkich odnosiła się granica 15 %, i w związku z tym nie przedstawiały one żadnej alternatywy dla banku Helaba pod koniec 1998 r.

(68) Do tego dochodzi jeszcze fakt, że kraj związkowy udostępnił swój wkład bankowi Helaba bez prawa do wypowiedzenia, tzn. bezterminowo. Wprawdzie akcjonariusz również nie ma możliwości „wypowiedzenia” swojego kapitału akcyjnego, jednak może on swobodnie

zdecydować o sprzedaży akcji i wyborze innej inwestycji. Niezależnie od formy prawnej, takie przeniesienie nie jest możliwe choćby dlatego, że rynek dla inwestycji kapitałowej o takiej wartości i o nieograniczonym czasie trwania praktycznie nie istnieje. W przeciwieństwie do tego prywatni inwestorzy zachowują sobie możliwość wycofania kapitału, jeżeli wyniki są słabe, aby z korzyścią zainwestować go gdzie indziej. Jeżeli prywatny inwestor zdecydowałby się w ogóle na bezterminowe ulokowanie kapitału ryzykownego, oczekiwałby na pewno odpowiednio wysokiego zysku z tego kapitału.

(69) Dlatego wybrana forma wniesienia kapitału jest normalną inwestycją w kapitał zakładowy, od której inwestor działający na zasadach rynkowych oczekiwałby odpowiedniego zysku z kapitału. Przede wszystkim wynagrodzenie za brak ograniczenia terminowego samą tylko marżą na podstawowy zysk z kapitału dla cichego udziału (ograniczonego terminowo) obliczony w wyniku takiego porównania jest niewystarczające.

(70) Dwie poniższe tabele pokazują najważniejsze różnice między „cichym udziałem” banku Helaba a innymi formami kapitału własnego, które były dostępne w chwili przeprowadzania inwestycji:

| | „Cichy udział” banku Helaba | Kapitał zakładowy | Cichy udział | Akcje uprzywilejowane | Papiery wartościowe uprawniające do udziału w zysku | Akcje uprzywilejowane |
|--|-----------------------------|--------------------|--|-----------------------|---|--|
| Dostępność na rynku niemieckim w 1998 r. | tak | tak | tak | tak | tak | tak |
| Jakość kapitału według nadzoru bankowego | kapitał podstawowy | kapitał podstawowy | kapitał podstawowy pod pewnymi warunkami, granica 15 % | kapitał uzupełniający | kapitał uzupełniający pod pewnymi warunkami | kapitał uzupełniający lub kapitał podstawowy, granica 15 % |

| | Kapitał zakładowy | „Cichy udział” banku Helaba | Cichy udział |
|--|-------------------|---|---|
| Duża wartość | tak | tak | nie |
| Brak ograniczenia terminowego | tak | tak | nie |
| Inwestor nie ma prawa do wypowiedzenia | tak | tak | tak |
| Udział w stratach bieżących | tak | tak | tak |
| W przypadku upadłości zwrot po wierzycielach | tak | tak nie ma wewnętrznej odpowiedzialności w drugiej kolejności po kapitale zakładowym | tak zwrot przed kapitałem zakładowym |

| | Kapitał zakładowy | „Cichy udział” banku Helaba | Cichy udział |
|---|-------------------|-----------------------------|--------------------------------------|
| Udział w zysku | tak | tak | tak |
| Bez dopłaty, jeżeli wynagrodzenie nie zostało wypłacone w określonym terminie | tak | tak | nie, możliwość kumulowania płatności |

1.2. ZWOLNIENIA PODATKOWE

- (71) BdB wyraziło wątpliwość, czy można zaliczyć w koszty działalności udział w zysku kraju związkowego Hesja. Należy przypuszczać, że kraj związkowy Hesja przejmuje znaczne ryzyko ekonomiczne w związku z cichym udziałem. Przemawia za tym, oprócz wysokiego zaangażowania kapitałowego, także brak możliwości wypowiedzenia udziału. To ryzyko ekonomiczne było uzasadnione prawami wspólnika w spółce osobowej (tzw. nietypowa cicha spółka), kwalifikacja podatkowa cichego udziału jako kapitału własnego wspólnika w spółce osobowej oraz brak możliwości zaliczenia udziału cichego wspólnika w koszty działalności banku Helaba.

1.3. MINIMALNE WYNAGRODZENIE ZA INWESTYJCJĘ W KAPITAŁ ZAKŁADOWY BANKU KRAJU ZWIĄZKOWEGO

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

oczekiwany zysk z kapitału inwestycji obciążonej ryzykiem
 = zysk z bezpiecznej inwestycji + premia za ryzyko
 inwestycji

- (73) Do obliczenia zysku z bezpiecznej inwestycji BdB uwzględniła 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⁽¹²⁾.

- (74) W celu obliczenia premii za ryzyko BdB oblicza najpierw tzw. premię za ryzyko rynkowe, tzn. różnicę między średnim zyskiem z długoterminowej inwestycji w akcje a zyskiem z długoterminowej inwestycji w obligacje państwowe. Opierając się na analizie Stehle-Hartmond (1991 r.), BdB przyjmuje dla niemieckiego rynku akcji jednolitą

⁽¹²⁾ Aby wykluczyć efekty inflacyjne, dla każdego okresu wniesienia obliczono stopę zysku 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 %.

premię za długoterminowe ryzyko rynkowe w wysokości 4,6 %.

- (75) Następnie BdB określa wartość beta banków krajów związkowych, tzn. indywidualną premię za ryzyko banków, która służy do dopasowania ogólnej premii za ryzyko rynkowe. BdB oblicza przy tym wartości beta na podstawie własnych danych statystycznych, co oznacza, że wartości beta wyliczane są na podstawie próbki losowej danych historycznych. BdB otrzymało wynik, zgodnie z którym wszystkie wartości beta dla wszystkich banków krajów związkowych w uwzględnionych okresach są większe niż jeden⁽¹³⁾.

- (76) Zgodnie z obliczeniami BdB minimalne wynagrodzenie za inwestycję w kapitał zakładowy banku Helaba w chwili wniesienia majątku funduszu w dniu 31 grudnia 1998 r. powinno wynosić 11,66 % p.a.

1.4. DOPLATY I POTRĄCENIA ZWIĄZANE ZE SZCZEGÓLNYM CHARAKTEREM TRANSAKCJI

- (77) BdB stwierdza, że Sąd Pierwszej Instancji potwierdził stopę w wysokości 4,2 %, którą Komisja w decyzji WestLB odjęła od minimalnego wynagrodzenia w wysokości 12 % w związku z brakiem płynności majątku Wfa. W związku z tym nie ma powodu, aby w omawianym przypadku zrezygnować z tej metody; także tutaj konieczne jest potrącenie w związku z brakiem płynności. Wysokość potrącenia za brak płynności, zgodnie z metodyką w przypadku WestLB, wynika z kosztów refinansowania netto (koszty refinansowania brutto minus odpowiedni podatek płacony przez przedsiębiorstwa).

- (78) Potrącenie za brak płynności należy obliczyć dla banku Helaba, opierając się na stopie refinansowania brutto w wysokości 6,57 % p.a. (odpowiednio do stopy bazowej długoterminowych, bezpiecznych papierów wartościowych w chwili wniesienia kapitału w 1998 r.), do której odnosi się każdorazowo obowiązująca łączna stopa podatkowa, aby otrzymać stopę refinansowania netto.

⁽¹³⁾ BdB załącza do porównania również teoretyczne wartości beta zgodnie z modelem wyceny aktywów kapitałowych (CAPM), które, jak stwierdza, nie różnią się praktycznie od ustalonych empirycznie.

(79) Zdaniem BdB trzy aspekty mają wpływ na przeniesienie majątku i zwiększają ryzyko w porównaniu z „normalną inwestycją w kapitał zakładowy”: częściowo znaczna wartość transferowanego majątku, brak emisji nowych udziałów w spółce i związana z tym rezygnacja z dodatkowych głosów, a także brak zamienności inwestycji, tzn. niemożność wycofania zainwestowanego kapitału z przedsiębiorstwa w wybranym przez inwestora momencie. Zgodnie z metodyką zastosowaną w przypadku WestLB BdB uważa, że dopłata w wysokości co najmniej 1,5 % p.a. jest uzasadniona.

1.5. BAZA KAPITAŁOWA I SKŁADNIKI WYNAGRODZENIA

(80) BdB wysuwa na początku twierdzenie, że obliczając odpowiednie wynagrodzenie w przypadku banku Helaba, za podstawę należy przyjąć łączną kwotę uznaną za kapitał podstawowy dla pokrycia działalności komercyjnej, a nie tylko tę część, która jest lub zostanie wykorzystana. Uzasadnia to tym, że inwestor działający na zasadach rynkowych nie zaakceptowałby zmniejszenia wynagrodzenia do rzeczywiście wykorzystanej części. Dla prywatnego inwestora, który ponosi ryzyko utraty depozytu, nie ma znaczenia, czy instytucja kredytowa rzeczywiście wykorzysta wniesiony kapitał na rozszerzenie swojej działalności. Większe znaczenie ma dla niego fakt, że sam nie mógł pomnażać wniesionej kwoty i uzyskiwać z niej odpowiedniego zysku.

(81) Obliczenie wynagrodzenia w latach 1998 r. do 2002 r., którego podstawą były corocznie zwiększające się transze, nie zmniejsza wynagrodzenia z racji braku „podzielenia” wniesionego kapitału; takiego obliczenia nie usprawiedliwia też fakt, że wniesienie kapitału do banku Helaba w całości spowodowałoby duże obciążenie. Nawet jeżeli wniesienie kapitału nie było konieczne do wypełnienia kryteriów wypłacalności, to jednak przyczyniło się do zdecydowanego wzrostu kapitałów podstawowych banku Helaba i umożliwiło zdecydowane rozszerzenie działalności komercyjnej. W związku z uznaniem wniesionego kapitału za obowiązkowy kapitał własny inwestor działający na zasadach rynkowych zażądałby wynagrodzenia od całej kwoty, bez żadnych ograniczeń.

(82) Od tej części wniesionego kapitału podstawowego, która nie może być wykorzystana na pokrycie działalności komercyjnej, należy zapłacić prowizję gwarancyjną w wysokości 0,3 % p.a., którą Komisja przyjęła w decyzji WestLB, a którą obliczyła w drodze porównania kwoty kapitału z gwarancją.

(83) Składnikami wynagrodzenia mogą być tylko tzw. „prowizja gwarancyjna” oraz „dopłata za bezterminowość”. Podatek od działalności gospodarczej odprowadzany w dużej mierze nie do kraju związkowego, ale do gminy, nie jest składnikiem wynagrodzenia. Jest to obciążenie ustawowe, niezależne od intencji stron.

(84) Wreszcie zysk z kapitału nie jest wypłacany krajowi związkowemu Hesja, ale – po odprowadzeniu podatku od dochodów z kapitału – „jako wartość netto przekazywany

do funduszu celowego”. Ponieważ bank Helaba jest (jedynym) właścicielem funduszu celowego, w ostatecznym rozrachunku płaci sam sobie. Prywatny inwestor nie zaakceptowałby takiego rozwiązania za swoją inwestycję.

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

(85) W uwagach Niemiec przekazanych dnia 30 października 2003 r. odnośnie do decyzji Komisji z dnia 13 listopada 2002 r. o wszczęciu procedury kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia i bank WestLB zakwestionowały porównanie majątków wniesionych do banków krajowych z kapitałem zakładowym. Tym bardziej, że ciche udziały oraz obligacje bezterminowe (perpetuals) uznano w Niemczech za kapitał podstawowy już w 1991 r. Ponadto wynagrodzenie nie zależy od przepisów o nadzorze bankowym, ale od profilu ryzyka danej inwestycji. Ponieważ wniesione majątki służyły do pokrycia strat w drugiej kolejności, strukturę ryzyka można porównać raczej z cichymi udziałami lub z obligacjami bezterminowymi niż z inwestycjami w kapitał zakładowy.

(86) Z punktu widzenia przypadku WestLB nie można nic zarzucić metodzie CAPM zastosowanej do obliczenia minimalnego wynagrodzenia za inwestycję w kapitał zakładowy. Jednak wartości beta wyliczone przez BdB znacznie wyższe niż 1 są niewłaściwe. Współczynnik beta większy niż 1 oznacza, że akcje przedsiębiorstwa wiążą się z wyższym ryzykiem niż średnia całego rynku. Jednak w związku z istniejącymi wtedy poręczeniami państwowymi Anstaltslast i Gewährträgerhaftung ryzyko inwestycji w bank kraju związkowego było wyraźnie niższe niż ogólne ryzyko rynkowe.

(87) Ponadto w tym specjalnym przypadku banków krajów związkowych nie należy koncentrować się na zysku z kapitału w momencie wniesienia majątku funduszu do banków krajów związkowych. Wprawdzie prywatni inwestorzy stosują ten parametr do badania opłacalności inwestycji. W tym przypadku oznaczałoby to, że należy oprzeć się na zysku z kapitału oczekiwanym w roku 1991. Nie ma to jednak żadnego związku z ekonomiczną rzeczywistością, aby w 2003 r. inwestor otrzymał zysk z kapitału w wysokości za rok 1991, który przekraczałby znacznie rzeczywiście otrzymany zysk z kapitału. Schematycznie, permanentnie stosowana stopa zysku w wysokości ok. 12 % jest przyczyną niesprawiedliwego, gorszego traktowania banków krajów związkowych w porównaniu z ich prywatnymi konkurentami.

(88) W odniesieniu do potrącenia za brak płynności wnoszonego majątku bank WestLB i kraj związkowy Północna Nadrenia-Westfalia są zdania, że od podstawowej stopy zysku z kapitału należy odjąć pełną stopę bezpiecznych obligacji państwowych. Wniesienie majątków do banków krajów związkowych nie wiązało się dla nich z dodatkową płynnością. Pomniejszenie tej stawki o zaoszczędzony podatek nie ma ekonomicznego uzasadnienia, ponieważ ceny instrumentów rynku kapitałowego nie zależą od

aktualnie obowiązujących podatków. W przeciwnym razie ceny instrumentów rynku kapitałowego zmieniałyby się w zależności od zmian podatków.

- (89) Wreszcie ryzyko, i co za tym idzie wynagrodzenie, należy pomniejszyć, ponieważ majątki nie posiadają płynności, a więc nie są również obciążone ryzykiem jej utraty. W związku z tym należy uwzględnić odpowiednie potrącenie. Potrącenie konieczne jest jeszcze ze względu na tzw. efekt właściciela, ponieważ inwestor posiadający już udziały w przedsiębiorstwie zupełnie inaczej ocenia dodatkową inwestycję niż nowy inwestor.

V. REAKCJA NIEMIEC NA UWAGI BdB

- (90) Zdaniem Niemiec, BdB nie uda się ani udowodnić, że cichy udział jest inwestycją w kapitał zakładowy, ani wzbudzić wątpliwości, czy uzgodnione wynagrodzenie płacone krajowi związkowemu Hesja jest odpowiednie. W związku z tym nie można mówić o istnieniu pomocy.
- (91) Próba obliczenia podstawy wynagrodzenia okreśną drogą poprzez wynagrodzenie za fikcyjną inwestycję w kapitał zakładowy jest nieuzasadniona. Kraj związkowy Hesja od początku wniósł swój fundusz wspierający budownictwo mieszkaniowe do banku w formie cichego udziału. Przy tym chodzi tutaj o instrument finansowania przewidziany w prawie spółek, podatkowym oraz nadzoru bankowego, różniący się zasadniczo od inwestycji w kapitał zakładowy, którą to formą kraj związkowy nie był zainteresowany, a właściciele banku w ogóle nie chcieli z niej korzystać.
- (92) BdB nie uwzględniło z jednej strony istotnych czynników różniących kapitał zakładowy od cichego udziału, a z drugiej powoływało się na różnice między „normalnymi” cichymi udziałami a cichym udziałem kraju związkowego Hesja, które w rzeczywistości nie istnieją.
- (93) BdB argumentuje, że ciche udziały mają ograniczony czas trwania lub można je wypowiedzieć, to znaczy, że zgodnie z zasadami Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego uznawane są one za kapitał podstawowy tylko do wysokości 15 % łącznego kapitału podstawowego instytucji kredytowej. Ponieważ cichy udział kraju związkowego Hesja został udostępniony bankowi Helaba bezterminowo i nie podlega granicy 15 %, nie jest „normalnym” cichym udziałem, lecz funkcjonalnie należy go postrzegać jako kapitał zakładowy, w związku z tym przy obliczaniu wynagrodzenia nie należy opierać się na innych cichych udziałach lub na pozostałych innowacyjnych instrumentach kapitałowych, ale na inwestycjach w kapitał podstawowy.
- (94) Ten podstawowy argument BdB jest niewłaściwy z kilku powodów. Określony czas trwania lub możliwość wypowiedzenia nie są koniecznymi i nieodzownymi cechami cichych udziałów ani z punktu widzenia prawa spółek, ani przepisów o nadzorze bankowym. I odwrotnie, jeżeli zachodzi taka potrzeba, kapitał zakładowy nie musi mieć nieograniczonego terminu bez możliwości wypowiedzenia. Zgodnie z niemieckim prawem spółek wszystkie spółki, niezależnie od ich formy prawnej, mogą mieć ograniczony czas trwania, a wniesione wkłady mogą być wypowiedziane, co nie przeszkadza w uznaniu ich za kapitał podstawowy zgodnie z niemieckimi przepisami o nadzorze bankowym.
- (95) BdB przemilczało ponadto, że 15 % granica uznania za kapitał podstawowy zgodnie z międzynarodowymi przepisami o nadzorze oraz „Deklaracją z Sydney” Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego oraz zgodnie z obowiązującą na jej podstawie praktyką niemieckiego urzędu ds. nadzoru bankowego nie obowiązuje w stosunku do bezterminowych instrumentów kapitałowych, które mogą być wypowiedziane tylko z inicjatywy emitenta (a nie przez inwestora). Ponadto praktyka niemieckiego urzędu ds. nadzoru bankowego zakłada, że również wkład na okres przynajmniej 30 lat, wyraźnie wykluczający możliwość wypowiedzenia przez inwestora jest „bezterminowy” i w związku z tym nie dotyczy go granica 15 %. Również to pokazuje, że różnica między terminowymi i bezterminowymi wkładami nie jest w takim stopniu decydująca, jak przedstawia to BdB. To nie powoduje czy też nie uzasadnia – w odniesieniu do odpowiedniego wynagrodzenia – zmiany kwalifikacji cichych udziałów na kapitał zakładowy.
- (96) Kilka miesięcy po transakcji banku Helaba Deutsche Bank pozyskał na rynku kapitałowym „wieczny” wkład, w postaci obligacji bez określonego terminu zapadalności (tzw. „wiecznych obligacji”). W przeciwieństwie do twierdzenia BdB, a zgodnie z przedłożoną, miarodajną informacją prasową do tego wkładu nie stosuje się granicy 15 %, ponieważ nie ustalono podwyżki stopy procentowej w przypadku nieskorzystania przez bank z prawa do wypowiedzenia (brak klauzuli „step up”). Obligacje Deutsche Bank bez określonego terminu zapadalności nie mają w żadnym razie charakteru wyjątkowego, ponieważ po tym czasie liczne inne instytucje kredytowe pozyskały na rynku „wieczne” wkłady; Niemcy przytoczyły odpowiednie przykłady. Ani jedna emisja, której wartość przy dużym popycie wynosiła od 150 mln EUR do ponad 2 mld EUR była chociaż w przybliżeniu tak zyskowna, jak kapitał zakładowy; wynagrodzenie zawiera się w przedziale od 110 do 290 punktów bazowych ponad mid-swaps. Już w roku 1999 w odniesieniu do wynagrodzenia rynek nie przywiązywał decydującej wagi ani do rozróżniania między terminowymi lub bezterminowymi instrumentami kapitałowymi, ani do tego, czy granica 15 % odnosi się do przychodów z emisji.
- (97) Również kryteria potraktowane wybiórczo przez BdB, które z jednej strony miały wykazać cechy wspólne kapitału zakładowego i cichego udziału kraju związkowego Hesja, a

z drugiej różnice między cichym udziałem a „normalnym” cichym udziałem, są nieprzekonywujące. BdB nie uwzględniło po pierwsze zakresu, w jakim konstrukcja cichych udziałów mogła zostać uzgodniona w ramach porozumienia stron, a po drugie istotnych czynników różniących kapitał zakładowy od cichego udziału.

- (98) Kapitału zakładowego nie „oprocenowuje” się, lecz stanowi on podstawę roszczenia o wypłatę dywidendy, która nie tylko zależy od wysokości osiągniętego zysku, ale przede wszystkim od ilości posiadanych udziałów. W przeciwieństwie do tego wynagrodzenie za cichy udział zależy tylko od zysku. Kwestia ewentualnej dopłaty do wynagrodzenia za cichy udział jest sprawą ustalaną przez strony, i w żadnym wypadku nie jest podstawową cechą „normalnego” cichego udziału. Niezależnie od tego, zgodnie z [...] § 10 ust. 4 KWG (Prawo bankowe) dla cichych wkładów przewiduje wyraźnie typowy obowiązek dopłaty w drugiej kolejności w przypadku wystąpienia straty. W pierwszej kolejności z przyszłych zysków należy uzupełnić wkład do jego pierwotnej wysokości ⁽¹⁴⁾.
- (99) Twierdzeniu, że inwestycje znacznej wartości powinny mieć formę tylko kapitału zakładowego, a nie „normalnych” cichych udziałów, zaprzeczają wartości cichych udziałów pobrane przez prywatne instytucje kredytowe z rynku kapitałowego w latach 1998/99, a także w ostatnich latach. Ich wartość dochodziła do prawie 1 mld EUR. Każdy cichy udział, relatywnie rzecz ujmując, nawet przekraczający granicę 15 %, może być uznany za kapitał podstawowy, jeżeli spełnia on wymagania Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego oraz wynikającej z tego praktyki niemieckich urzędów ds. nadzoru bankowego.
- (100) Dowodu na możliwość przekroczenia granicy 15 % dostarczył członek BdB, mianowicie Deutsche Bank, transakcją kapitałową z dnia 2 grudnia 2003 r. Chodzi przy tym o przyjęcie od inwestorów prywatnych majątku w formie cichego udziału o wartości 300 mln EUR z nieograniczonym czasem trwania (tzw. „wieczne obligacje”) ⁽¹⁵⁾. Po raz kolejny świadczy to o tym, jak płynny i przejrzysty jest rynek cichych udziałów niemieckich banków, również tych o dużej wartości. W związku z uzgodnioną marżą za funkcję kapitału obowiązkowego w wysokości 0,99 % transakcja ta jest poza tym kolejnym dowodem na to, że wynagrodzenie za funkcję kapitału obowiązkowego, uzgodnione za cichy udział kraju związkowego Hesja w banku Helaba, jest właściwe.
- (101) Na prośbę Komisji Niemcy przedłożyły tabelaryczne zestawienie zmian inwestycji w formie cichych udziałów oraz innych hybrydowych kapitałów podstawowych w wybranych prywatnych dużych bankach niemieckich w latach 1998 do 2003 r. Zdaniem Niemiec wynika z tego jasno, w jakim zakresie te instytucje przyjęły hybrydowy kapitał podstawowy powyżej granicy 15 % wynikającej z przepisów o nadzorze bankowym, ponieważ jego udział w łącznym kapitale podstawowym przekracza 15 % (*):

| | [Bank A] | | | [Bank B] | | | [Bank C] | | |
|------|--|----------------------------|--|---|----------------------------|--|---|----------------------------|--|
| | Hybrydowe instrumenty kapitału podstawowego (z tego ciche udziały) (mln €) | Kapitał podstawowy (mln €) | Udział hybrydowych instrumentów podstawowych (%) | Hybrydowe instrumenty kapitału podstawowego (mln €) | Kapitał podstawowy (mln €) | Udział hybrydowych instrumentów podstawowych (%) | Hybrydowe instrumenty kapitału podstawowego (mln €) | Kapitał podstawowy (mln €) | Udział hybrydowych instrumentów podstawowych (%) (*) |
| 1998 | 612 (612) | 15 978 | 4 % | – | 10 623 | – | 614 | 13,0 | 5 % |
| 1999 | 3 096 (713) | 17 338 | 18 % | 1 495 | 12 908 | 12 % | 1 937 | 14,6 | 13 % |
| 2000 | 3 275 (768) | 21 575 | 15 % | 1 574 | 12 046 | 13 % | 2 014 | 21,3 | 9 % |

⁽¹⁴⁾ [...] brzmi: „[...]”

⁽¹⁵⁾ Patrz *Börsenzeitung* z dnia 7 listopada 2003 r. i *International Financial Review* z dnia 22 listopada 2003 r.

(*) Nazwy przytoczonych prywatnych dużych banków są informacją poufną, w tabeli oznaczono je jako bank A, bank B i bank C.

| [Bank A] | | | [Bank B] | | | [Bank C] | | | |
|--|----------------------------|--|---|----------------------------|--|---|----------------------------|--|------|
| Hybrydowe instrumenty kapitału podstawowego (z tego ciche udziały) (mln €) | Kapitał podstawowy (mln €) | Udział hybrydowych instrumentów podstawowych (%) | Hybrydowe instrumenty kapitału podstawowego (mln €) | Kapitał podstawowy (mln €) | Udział hybrydowych instrumentów podstawowych (%) | Hybrydowe instrumenty kapitału podstawowego (mln €) | Kapitał podstawowy (mln €) | Udział hybrydowych instrumentów podstawowych (%) (*) | |
| 2001 | 3 404 (811) | 24 803 | 14 % | 1 923 | 11 542 | 17 % | 3 650 | 21,7 | 17 % |
| 2002 | 2 973 (686) | 22 742 | 13 % | 1 732 | 8 572 | 20 % | 4 164 | 19,1 | 22 % |
| 2003 | 3 859 (**) (572) | 21 618 | 18 % | 1 561 | 7 339 | 21 % | 4 076 | 14,4 | 28 % |

(*) zakładając pełne zaliczenie do kapitału podstawowego

(**) włączając kumulatywne akcje uprzywilejowane po wyłączeniu z konsolidacji spółek powierniczych

(102) W przeciwieństwie do twierdzenia BdB, zarówno ciche udziały kraju związkowego Hesja, jak i ciche udziały pozyskane na rynku zostaną zwrócone w przypadku upadłości przed kapitałem zakładowym, co znaczy, że ich odpowiedzialność ma wyższą rangę. W przeciwieństwie do twierdzenia BdB, zarówno kraj związkowy Hesja, jak i inwestor innego cichego udziału w przypadku upadłości odzyskałby go z masy upadłościowej, podczas gdy właściciel nie otrzymałby niczego, co znaczy, że ryzyko w porównaniu z kapitałem zakładowym jest mniejsze.

(103) Cicha spółka tym różni się od kapitału zakładowego, że cichy wspólnik nie posiada udziałów w majątku przedsiębiorstwa, ani prawa do głosu. BdB nie uwzględniło tego w swoim podziale i zażądało dodatkowej marży. Rynek nie kieruje się taką logiką.

(104) Wątpliwości BdB odnośnie do możliwości zaliczenia wynagrodzenia w koszty działalności są nieuzasadnione. Kraj związkowy Hesja nie przejął ani koniecznego ryzyka ekonomicznego, ani inicjatywy związanej z takim zaangażowaniem. Kraj związkowy Hesja – tak jak każdy inny typowy cichy udziałowiec – zgodnie z postanowieniami umowy o utworzeniu cichej spółki ma udział w bieżącym zysku i stratach banku Helaba, ale nie w cichych rezerwach i również nie w wartości przedsiębiorstwa oraz w rosnącej wartości majątku przedsiębiorstwa. Z chwilą rozwiązania cichej spółki tylko otrzyma swój wkład z powrotem. Kraj związkowy Hesja nie otrzymał żadnej możliwości wykonywania praw w spółce, które odpowiadałyby prawom do głosu, prawom kontrolnym oraz sprzeciwu przysługującym komandytariuszom, czy też prawom kontrolnym wspólnika w spółce cywilnej zgodnie z § 716 ust. 1 BGB (niemieckiego kodeksu cywilnego). Ponadto umowa

zawarta między krajami związkowymi Hesja oraz Turynia o utworzeniu wspólnej instytucji dla kas oszczędnościowych nie zezwala bankowi na przyjęcie nietypowego cichego wspólnika. Wobec braku uprawnień do decydowania o spółce władze finansowe uznały możliwość zaliczenia w koszty wynagrodzenia płaconego dla kraju związkowego Hesja.

(105) Sposób ujęcia w bilansie jest też różny. Kapitał zakładowy może być podniesiony z zysku bilansowego (nadwyżka aktywów nad pasywami) na mocy uchwały walnego zgromadzenia. W przypadku cichego udziału banku kraju związkowego Hesja wynagrodzenie pomniejsza wynik na działalności operacyjnej, zmniejszając nadwyżkę odsetkową (wynagrodzenie jest elementem kosztów odsetkowych), nie stanowi natomiast podziału zysku, w związku z tym nie wymaga też uchwały wspólników. Obowiązkowy sposób ujęcia cichych udziałów w bilansie obciąża wskaźnik kosztów do dochodów oraz bilansową rentowność kapitału własnego.

(106) Przeciwnie do twierdzenia BdB, inwestor działający na zasadach rynkowych zaakceptowałby ograniczenia podstawy przyjętej do obliczenia wynagrodzenia do części kapitału rzeczywiście wykorzystanego na rozszerzenie działalności, a od nadwyżki nie żądałby wynagrodzenia w wysokości 0,3 %, odwołując się do decyzji Komisji w sprawie WestLB. W związku z tym, że bank Helaba od początku informował o swoich ograniczonych potrzebach, inny inwestor nie wynegocjowałby lepszych warunków niż kraj związkowy Hesja.

(107) Argumentacja BdB odnośnie do odpowiedniego wynagrodzenia jest już z gruntu niewłaściwa. Można porównywać

tylko wynagrodzenia wynegocjowane na rynku w danym okresie za porównywalne ciche udziały w instytucjach kredytowych. Różne warunki wniesionych cichych udziałów, ale także różna jakość przyjmujących instytucji kredytowych powinny znaleźć wyraz w porównaniu wynagrodzeń w postaci dopłat i potrąceń od tych wynagrodzeń, a nie od wynagrodzenia za hipotetyczną inwestycję w kapitał zakładowy.

- (108) Niezależnie od tego wyliczenie zysku z inwestycji w kapitał zakładowy, wykonane przez BdB, jest błędne. Wyliczając wartość beta, nie należy porównywać banków krajów związkowych z tzw. bankami kredytowymi, których ryzyko systematyczne jest wyższe od średniej. O wiele bardziej właściwe jest porównanie z jasno zdefiniowaną grupą banków notowanych na giełdzie, tzw. bankami CDAX. Znaczna część sumy bilansowej banku Helaba składa się z bezpiecznych należności od gmin, wewnątrzbankowych oraz hipotecznych. Na dzień 1 stycznia 1999 r. biegły wykonał obiektywną wycenę przedsiębiorstwa dla siedmiu instytucji kredytowych z porównywalną strukturą ryzyka, uwzględnił przy tym ryzyko działalności handlowej, prowadzoną działalność handlową, strukturę klientów oraz wielkość przedsiębiorstwa i wyliczył średni współczynnik beta na poziomie [...], co oznacza znacznie mniej niż jeden. Biegły założył zysk z inwestycji długoterminowych w wysokości 5,0 % oraz stopę dla długoterminowych, bezpiecznych inwestycji w wysokości 6 %. Koszt kapitału własnego został skalkulowany na dzień 1 stycznia 1999 r. na poziomie [...] %. Podany przez BdB zysk z kapitału własnego dla banku Helaba w wysokości 11,66 % na dzień 31 grudnia 1998 r. uwzględnia znacznie zawyżony współczynnik beta oraz nieaktualne, historyczne dane. Poziom odsetek zmienił się znacznie w ostatnich dziesięcioleciach, a rozważania BdB na temat inflacji i prognoz inflacyjnych są w tym kontekście niezrozumiałe.
- (109) Ponadto wynagrodzenie uzgodnione na czas trwania cichego udziału można porównać tylko ze zmiennym, w danej chwili osiąganym zyskiem z kapitału zakładowego, a nie na przykład z zyskiem z kapitału zakładowego przedsiębiorstwa w momencie inwestycji. Nikt nie zagwarantowałby właścicielowi banku zysku z kapitału własnego na poziomie z końca roku 1998, co zniwelowałoby ryzyko wahań zysku z kapitału.
- (110) Rozważania BdB na temat wysokości kosztów refinansowania zaliczonych do kosztów działalności są niezrozumiałe. Koszty refinansowania netto można wziąć pod uwagę, tylko jeżeli od wynagrodzeń uwzględnionych w porównaniu, płaconych przez prywatne instytucje bankowe za porównywalne ciche udziały pozyskane na rynku kapitałowym, odejmie się teoretyczną lub efektywną stawkę podatkową tych instytucji. Dla depozytów pozyskanych na rynku kapitałowym podaje się zwyczajowo nie łączne wynagrodzenie, ale tylko marżę na wynagrodzenie, która jest taka sama dla instrumentów z oprocentowaniem zmiennym i aportów oraz dla wynagrodzenia za funkcję kapitału obowiązkowego. Można więc bezpośrednio
- porównać wynagrodzenie za cichy udział kraju związkowego Hesja z wynagrodzeniem rynkowym. Droga okrężna przez fikcyjne wynagrodzenie łączne za fikcyjny wkład gotówkowy, od którego odejmuje się koszty refinansowania, jest zbędna i tylko zwiększa kilkukrotnie niepewność wyceny, ponieważ trzeba wielostopniowo wprowadzać wielkości szacunkowe.
- (111) Odmienne od twierdzenia BdB narzuty na wynagrodzenie nie są uzasadnione. Praktyka nie pokazuje, że za depozyty o znacznej wartości płaci się dodatkowe wynagrodzenie. W przypadku porównywalnego pobrania kapitału przez prywatne instytucje kredytowe brak zależności między kwotą a wynagrodzeniem. Kraj związkowy musiał się raczej zgodzić na uzgodniony model stopniowy, ponieważ bank Helaba nie mógłby od razu wykorzystać całego funduszu celowego. Na rynku żaden inwestor nie tylko nie otrzymałby wynagrodzenia od razu za całą kwotę, ale również dodatkowej marży.
- (112) Ponadto twierdzenia, że rezygnacja z prawa do głosu w przypadku inwestycji w kapitał zakładowy musi być skompensowana przez dodatkowe wynagrodzenie, nie można zastosować do cichej spółki. Cichy wspólnik z mocy prawa nie posiada prawa do głosu, a rynek nie wynagradza tej „rezygnacji” cichego wspólnika z wpływu na podejmowane decyzje.
- (113) Zgadza się wprawdzie, że inwestor na rynku kapitałowym zażądałby wyższego zysku z kapitału w zamian za brak zamierności zainwestowanego kapitału. Jednak brak zamierności cichego udziału kraju związkowego w porównaniu do kapitału uprawniającego do udziału w zyskach wzięto pod rozwagę przy podejmowaniu decyzji o transakcji. Strony uwzględniły również bezterminowość wkładu, uzgadniając narzut na wynagrodzenie w wysokości 0,20 % p.a. Prywatny inwestor uwzględniłby jednak, że szukano depozytu nie dla gotówki, lecz dla znacznego, niepodzielnego funduszu z przeznaczeniem celowym, który można było wnieść tylko w postaci aportu. Jeżeli BdB twierdzi, że praktycznie nie istnieje rynek na takie inwestycje, nie dotyczy to tylko możliwości ponownej inwestycji (brak zamierności), ale także już pierwotnej inwestycji. Wyjaśnienie, że prywatny inwestor zażądał lub otrzymałby w związku z tym jeszcze wyższy narzut na wynagrodzenie, niż wynagrodzenie za długoterminowość wkładu uzgodnione w wysokości 0,20 % p.a., nie jest zrozumiałe. BdB nie wyjaśniło, ani nie uzasadniło go dokładniej.
- (114) Przeprowadzając porównanie z rynkiem, odmiennie do twierdzenia BdB, należy uwzględnić efekt podatku od działalności gospodarczej. Ciche udziały do banków wnoszą z reguły inwestorzy instytucjonalni, którzy sami muszą odprowadzić podatek od działalności gospodarczej od wynagrodzenia otrzymanego od cichych wkładów. W przeciwieństwie do tego, kraj związkowy jest zwolniony z podatku od działalności gospodarczej i może zadowolić się niższym wynagrodzeniem. Dla wyrównania, zwolnienie

kraju związkowego wywołuje obowiązek podatkowy po stronie banku, który musi zapłacić podatek od działalności gospodarczej. To, czy jest on płacony krajowi związkowemu, czy gminie, nie ma znaczenia, podobnie jak fakt, że podatek od działalności gospodarczej naliczany jest od dochodu – z reguły jest to odbiorca wynagrodzenia, tutaj jednak bank – tak długo, jak bank w ogóle osiąga zyski. Jeżeli jednak wykaże stratę, nie tylko nie zapłaci podatku od prowadzonej działalności gospodarczej, ale również wynagrodzenia za depozyt.

- (115) Wbrew twierdzeniu BdB, bank Helaba nie płaci wynagrodzenia sam sobie. Zgodnie z decyzją kraju związkowego Hesja dochód po opodatkowaniu uzyskany z lokaty funduszu celowego nie wpływa do ogólnego budżetu, ale również ma przeznaczenie celowe i służy rozszerzeniu działalności wspierającej. Jest to kwestia przeznaczenia środków, które bank Helaba płaci krajowi związkowemu.

VI. OCENA PODJĘTEGO DZIAŁANIA

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

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

1.1. ZASOBY PAŃSTWOWE

- (117) Wnosząc cichy udział, kraj związkowy Hesja wybrał taki sposób wniesienia środków, którego zasadnicza koncepcja polegała na tym, aby przenieść majątek funduszu celowego na bank Helaba w celu zwiększenia jego bazy kapitałowej, ale również w celu uzyskania dodatkowych przychodów kraju związkowego Hesja. Niezależnie od tego, że otrzymane należności ponownie przekazywano do majątku funduszu celowego, gdzie służyły dobru ogólnemu, majątek ten został uznany przez nadzór bankowy i mógł pełnić funkcję kapitału obowiązkowego banku Helaba konkurującego z innymi instytucjami kredytowymi. Bank Helaba otrzymał w związku z tym zasoby państwowe.

1.2. SPRZYJANIE OKREŚLONEMU PRZEDSIĘBIORSTWU

- (118) Badając, czy udostępnienie zasobów państwowych przedsiębiorstwu publicznemu oznacza sprzyjanie mu, oraz czy stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE, Komisja stosuje zasadę „inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej”. Trybunał Sprawiedliwości oraz Sąd Pierwszej Instancji zaakceptował i rozwinął tę zasadę w szeregu spraw, a w szczególności w

orzeczeniu w sprawie WestLB, który ma znaczenie dla tego przypadku ⁽¹⁶⁾.

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

- (119) Zgodnie z tą zasadą, nie stanowi sprzyjania określonemu przedsiębiorstwu udostępnienie zasobów kapitałowych na warunkach, „na których inwestor prywatny, działający zgodnie z normalnymi zasadami gospodarki rynkowej, byłby skłonny udostępnić te środki przedsiębiorstwu prywatnemu ⁽¹⁷⁾.” W przeciwieństwie do tego, że sprzyjaniem w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE mamy do czynienia, jeżeli uzgodnione wynagrodzenie i/lub stan finansów przedsiębiorstwa nie pozwalają oczekiwać normalnego zysku z kapitału w odpowiednim terminie.
- (120) Zasada inwestora działającego zgodnie z regułami gospodarki rynkowej w takim samym stopniu dotyczy wszystkich przedsiębiorstw publicznych, i to niezależnie od tego, czy przynoszą one zyski, czy straty. To stanowisko Komisji potwierdził Sąd Pierwszej Instancji w orzeczeniu WestLB ⁽¹⁸⁾.

- (121) W związku z tym główne pytanie, które trzeba postawić w tej procedurze badania brzmi, czy inwestor działający zgodnie z regułami gospodarki rynkowej wniosłby kapitał posiadający te same cechy co majątek funduszu celowego kraju związkowego Hesja do banku Helaba na takich samych warunkach, w szczególności w odniesieniu do zysku z kapitału, który może osiągnąć inwestor.

b) **Kwalifikacja prawna i ekonomiczna wniesionego kapitału**

- (122) Kraj związkowy Hesja dnia 31 grudnia 1998 r. wniosł do banku Helaba majątek funduszu w postaci pożyczki o wartości nominalnej udziału kraju związkowego w wysokości 6,026 mld DEM (3,081 mld EUR) oraz gotówki wycenionej przez biegłego na 2,473 mld DEM (1,264 mld EUR) jako cichy udział. BAKred (Federalny Urząd Nadzoru Bankowości), jak wspomniano wyżej, uznał te środki w ich pełnej wysokości za kapitał podstawowy. Tylko w niewielkim stopniu są one wykorzystywane do pokrycia działań wspierających, corocznie potrzebna kwota jest zmienna. Ta część cichego udziału, który wykazywany jest w bilansie, ma tylko funkcję gwarancyjną dla banku Helaba. Pozostała, większą część bank Helaba mógł wykorzystać do pokrycia lub rozszerzenia działalności komercyjnej.
- (123) Analogicznie do przypadku WestLB Komisja oblicza odpowiednie wynagrodzenie za przeniesiony majątek funduszu, biorąc pod uwagę możliwość jego wykorzystania do celów komercyjnych przez bank Helaba. Jak już

⁽¹⁶⁾ Orzeczenie w sprawach połączonych T-228/99 i T-233/99.

⁽¹⁷⁾ Komunikat Komisji do Państw Członkowskich: Stosowanie art. 92 i 93 Traktatu WE oraz art. 5 dyrektywy Komisji 80/723/EWG w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między Państwami Członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, Dz.U. 307 z 13.11.1993 str. 3, patrz nr 11. W niniejszym komunikacie chodzi wprawdzie wyraźnie o przemysł przetwórczy, jednakże zasada ma zastosowanie niewątpliwie także do wszystkich pozostałych branż gospodarczych. Jeśli chodzi o usługi finansowe, Komisja podkreśliła powyższe kilkoma decyzjami, m. in. w sprawie Crédit Lyonnais (Dz.U. L 221 z 8.8.1998, str. 28) i GAN (Dz.U. L 78 z 16.3.1998, str. 1).

⁽¹⁸⁾ Orzeczenie WestLB punkt 206 i nast.

wyjaśniono, punktem odniesienia oceny, czy wynagrodzenie jest zgodne z zasadami rynkowymi, jest wynagrodzenie, którego zażądałby inwestor działający na zasadach rynkowych, udostępniający bankowi kapitał własny w takiej formie.

(124) Skarżący twierdzi przy tym, że w przypadku majątku udostępnionego bankowi Helaba mamy do czynienia z inwestycją podobną do inwestycji w kapitał zakładowy, analogicznie do przeniesienia majątku WfA na bank WestLB. Niemcy natomiast zaprzeczają, że inwestycja ta jest podobna do inwestycji w kapitał zakładowy. Kapitał jest raczej cichym udziałem, co ma wpływ na wysokość wynagrodzenia.

(125) Niemcy, bank Helaba oraz skarżący zgadzają się, że majątek funduszu wniesiony w postaci cichego udziału kraju związkowego Hesja stanowi kapitał podstawowy. Rezerwa celowa została uznana przez BAKred za kapitał podstawowy („kapitał pierwszej kategorii”) i dlatego można ją porównać tylko z takimi instrumentami kapitału własnego, które w roku wniesienia były uznawane w Niemczech za kapitał podstawowy, i które bank Helaba w momencie wniesienia mógłby pozyskać na inwestycję tę wielkości, przekraczającą wyraźnie 15 % kapitału podstawowego.

(126) W tej części Komisja zgadza się ze stanowiskiem zainteresowanych stron. Już w decyzji dotyczącej banku WestLB z roku 1999 Komisja sprecyzowała, że porównanie majątku WfA, również uznanego za kapitał podstawowy, z instrumentami kapitałowymi, które mogą być uznane tylko za kapitał uzupełniający, jak np. papiery wartościowe uprawniające do udziału w zyskach oraz akcje uprzywilejowane bez prawa do głosu, nie mogą stanowić podstawy odpowiedniego wynagrodzenia za przeniesiony kapitał (decyzja 2000/392/WE, nr 199). Kapitał podstawowy ma istotne znaczenie dla przedsiębiorstwa, ponieważ pozwala na pozyskanie środków uzupełniających (np. papierów wartościowych 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 wyraża się w wyższym wynagrodzeniu rynkowym tych instrumentów. Porównanie z kapitałem uzupełniającym, który tylko w ograniczonym stopniu może być przeznaczony na rozszerzenie działalności, należy tutaj wykluczyć.

(127) Zdaniem BdB w przypadku tej konkretnej inwestycji bank Helaba mógł jednak skorzystać z formy prawnej kapitału akcyjnego lub zakładowego. Zdaniem Niemiec oprócz tego można było skorzystać z formy prawnej bezterminowego cichego udziału (perpetual), który spełnia wymagania § 10 ust. 4 KWG (Prawo bankowe) oraz również kryteria tzw. „Deklaracji z Sydney” Komitetu Nadzoru Bankowego Banku Rozrachunków Międzynarodowych w Bazylei, które z kolei kształtują praktykę decyzyjną Federalnego Urzędu Nadzoru Bankowości (BAKred). Przedmiotem porozumienia między krajem związkowym Hesja a bankiem Helaba była dlatego forma prawna bezterminowego cichego udziału, który został uznany przez Federalny Urząd Nadzoru Bankowości (BAKred) oraz przez właściwe władze podatkowe.

(128) Zdaniem Komisji Niemcy udowodniły w wystarczający sposób, że argumenty BdB nie są przekonujące. BdB argumentuje, że cichy udział kraju związkowego Hesja stanowi nadużycie formy „normalnego” cichego udziału. Z ekonomicznego punktu widzenia cichy udział ma tak wiele cech wspólnych z kapitałem zakładowym, że inwestor zażądałby oprocentowania odpowiadającego wynagrodzeniu za kapitał zakładowy.

(129) Po pierwsze Komisja przyjmuje do wiadomości, że kraj związkowy Hesja oraz bank Helaba wyraźnie uzgodniły formę cichego udziału, którą uznały również właściwe niemieckie władze. Aby można było uznać nadużycie formy, należałoby stwierdzić w sposób niebudzący wątpliwości, że właściwe niemieckie władze niesłusznie uznały formę cichego udziału kraju związkowego Hesja. Do tego nie ma jednak podstaw. W związku z tym Komisja przychyliła się do zdania Niemiec, że określony czas trwania lub możliwość wypowiedzenia cichego udziału nie są koniecznymi cechami, ani z punktu widzenia prawa spółek, ani przepisów o nadzorze bankowym, aby cichy udział uznać za kapitał podstawowy w rozumieniu § 10 ust. 4 KWG (Prawo bankowe). Ponadto Komisja interpretuje „Deklarację z Sydney” Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego z października 1998 r. w ten sposób, że 15 % granicę ustanowiono wyłącznie na potrzeby uznania za kapitał podstawowy określonych, szczególnie krótkoterminowych, innowacyjnych instrumentów kapitałowych. Z tego nie wynika jednak twierdzenie przeciwne, że bezterminowe, innowacyjne instrumenty kapitałowe nie mogą być uznane za kapitał podstawowy, albo że dotyczy ich ta granica. Za wykorzystaniem bezterminowych, innowacyjnych instrumentów kapitałowych jako kapitału podstawowego ponad granicą 15 % przemawia również praktyka prywatnych banków ostatnich lat, co zostało szeroko udokumentowane przez Niemcy.

(130) Komisja uznaje, że również selektywne kryteria przyjęte przez BdB nie są przekonujące. Z punktu widzenia analizy ryzyka, cichy udział kraju związkowego Hesja „typologicznie” należy raczej porównać z „normalnym” cichym udziałem niż z kapitałem zakładowym. Także w tym punkcie Komisja przychyliła się do zdania Niemiec.

(131) Dla Komisji decydujące jest w tym kontekście, że zarówno cichy udział kraju związkowego Hesja, jak również inne, „normalne”, tzn. 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. W oparciu o ekspertyzę prawną Niemcy wyjaśniły, że zgodnie z postanowieniami umowy cichy udział kraju związkowego Hesja w czasie jego trwania, jeżeli nie zostanie zmniejszony przez straty lub zupełnie zużyty, w przypadku upadłości lub likwidacji zostanie zaspokojony z ewentualnie pozostałej kwoty przed kapitałem zakładowym.

(132) Tak długo, jak przedsiębiorstwo nie będzie przynosić strat, zarówno kraj związkowy Hesja, jak i inwestor terminowego

cichego udziału otrzyma ponadto całe uzgodnione wynagrodzenie, podczas gdy inwestorowi w kapitał zakładowy przysługuje tylko roszczenie do wypłaty dywidendy odpowiednio do jego udziału w zyskach. Również w tym aspekcie cichy udział kraju związkowego Hesja jest typowym cichym udziałem w rozumieniu § 10 ust. 4 KWG (Prawo bankowe).

(133) Nieprzekonywujący jest również zarzut BdB, że cichy udział należy raczej porównać z kapitałem zakładowym, ponieważ długoterminowo był on przyczyną podniesienia kapitału podstawowego banku Helaba o prawie 50 %. Tutaj należy najpierw wskazać na rozwiązanie stopniowe uzgodnione przez kraj związkowy Hesja oraz bank Helaba, zgodnie z którym w latach od 1999 do 2002 r. bank Helaba, może wykorzystać corocznie wzrastającą kwotę częściową kapitału podstawowego na pokrycie głównej działalności odpowiednio do rzeczywistego zapotrzebowania na kapitał. W tym kontekście Komisja zwraca wyraźną uwagę na to, że również w przypadku banku WestLB znaczna wartość wniesionego kapitału była przesłanką, ale nie kwestią decydującą do założenia podobieństwa do kapitału zakładowego. W decyzji WestLB 2000/392/WE oraz w ponownej decyzji z dnia 20 października 2004 r. Komisja, biorąc pod uwagę całokształt, doszła do wniosku, że przeważa podobieństwo ocenianej transakcji do inwestycji w kapitał zakładowy. Istotnym czynnikiem była na przykład okoliczność, że majątek WfA, tak jak kapitał zakładowy, jest narażony na ryzyko pełnej utraty w przypadku upadłości lub likwidacji. Ponadto w przypadku banku WestLB Komisja uwzględniła również, że w momencie wniesienia majątku WfA w roku 1991 – inaczej niż w momencie plasowania cichego udziału kraju związkowego Hesja w banku Helaba w roku 1998 – rynek na hybrydowe instrumenty kapitałowe w Niemczech nie był jeszcze rozwinięty, i taka instytucja kredytowa jak WestLB mogła pozyskać kapitał podstawowy o porównywalnej wartości na rynku tylko w formie kapitału zakładowego. Bank Helaba mógł bez problemu zaspokoić swoje zapotrzebowanie na kapitał w latach od 1998 do 2002 r. również na rynku, przyjmując od różnych inwestorów kilka rozłożonych w czasie cichych udziałów o mniejszej wartości.

(134) BdB zwraca ponadto uwagę na to, że dzięki cichemu udziałowi kraju związkowego Hesja bufor kapitału zakładowego banku Helaba wynosił już tylko 50 %, podczas gdy w prywatnych instytucjach kredytowych udział instrumentów hybrydowych w kapitale podstawowym znajdował się na poziomie poniżej 20 %, w związku z tym bufor kapitału zakładowego wynosił ponad 80 %. Zdaniem BdB, inwestor instytucjonalny nie wniósłby porównywalnego wkładu, wzięwszy pod uwagę wysoki udział w całym kapitale podstawowym banku Helaba. Niemcy potwierdziły, że udział cichych rezerw w kapitale podstawowym w roku 2003, a więc po realizacji ostatniego stopnia w ramach

modelu stopniowego, wynosił [...] %, a udział wszystkich cichych udziałów (tzn. nie tylko cichego udziału kraju związkowego Hesja) w roku 2003 wynosił [...] %. Zdaniem Komisji nie da się z tego bezsprzecznie wywnioskować, że inwestor instytucjonalny nie plasowałby porównywalnego cichego udziału, wzięwszy pod uwagę wysoki udział w całym kapitale podstawowym. Niemcy wyjaśniły, że banki krajów związkowych (Landesbanken) generalnie w dużej mierze wykorzystują ciche udziały powyżej granicy 15 % jako instrument pozyskiwania kapitału podstawowego, i to od udziałowców zobowiązanych do nieograniczonej odpowiedzialności za zobowiązania (Gewährträger) oraz od inwestorów trzecich. Zgodnie z danymi Niemiec stosunek cichych udziałów w [...] ⁽ⁱ⁾ w roku 2003 wynosił 72 %, w [...] ⁽ⁱⁱ⁾ i 39 %, w [...] ⁽ⁱⁱⁱ⁾ ii 33 %, w [...] ^(iv) v 39 %, a w [...] ^(v) 42 %. ⁽¹⁹⁾ Powodem wysokiego udziału instrumentów hybrydowych jest fakt, że banki krajów związkowych w związku z ich strukturą publicznoprawną nie mogą pozyskiwać kapitału na rynkach akcji. Wygląda na to, że inwestorzy banków krajów związkowych są bardziej skłonni zaakceptować mniejszy bufor kapitału zakładowego, ponieważ kapitał jest narażony na mniejsze ryzyko w związku z innym profilem działania i mniejszym ryzykiem instytucji, a co za tym idzie ogólnie na mniejsze ryzyko. Komisja nie może wykluczyć, że w przypadku banku Helaba, który wśród wymienionych banków krajów związkowych postrzegany jest jako instytucja kredytowa o relatywnie niskim ryzyku, znalazłby się inwestor instytucjonalny, który pomimo bufora kapitału własnego w wysokości (tylko) 50 % zdecydowałby się na porównywalną inwestycję w formie cichego udziału w bank Helaba.

(135) Komisja zbadała też dokładnie, w jakim stopniu bezterminowość depozytu, a więc fakt, że nie ma on określonego terminu, i że kraj związkowy nie może go wypowiedzieć, wpływa na analizowane ryzyko.

(136) BdB twierdzi również, że na rynku kapitałowym nie ma bezterminowych instrumentów hybrydowych. Inwestorzy instytucjonalni zasadniczo kupują tylko hybrydowe instrumenty kapitału własnego z określonym terminem lub takie instrumenty, w przypadku których zakładają, że zostaną one zwrócone, ponieważ wzrasta stopa dywidendy (tzw. step up) lub mogą zamienić dany instrument na inną formę inwestycji w określonym czasie. Klauzule step up są przy tym silną ekonomiczną zachętą dla dłużnika (emitenta) do zwrotu cichego udziału. Klauzula step up czyni z instrumentów bezterminowych (*perpetual*) instrumenty o określonym czasie trwania. Ponadto innowacyjne instrumenty kapitałowe plasowane są głównie przez inwestorów prywatnych.

(137) Niemcy i bank Helaba wysuwają twierdzenie przeciwne, że inwestujący w bezterminowe instrumenty (*perpetuals*) z opcją „step up” muszą się liczyć z tym, że wbrew ich ewentualnym oczekiwaniom może nie dojść do „termino-

⁽ⁱ⁾ Informacja poufna, tutaj oznaczono jako bank I

⁽ⁱⁱ⁾ Informacja poufna, tutaj oznaczono jako bank II

⁽ⁱⁱⁱ⁾ Informacja poufna, tutaj oznaczono jako bank III

^(iv) Informacja poufna, tutaj oznaczono jako bank IV

^(v) Informacja poufna, tutaj oznaczono jako bank V

⁽¹⁹⁾ Informacja rządu federalnego z dnia 1 października 2004, str. 16.

wego” zwrotu w momencie wymagalności klauzuli step up, co znaczy, że ryzyko jest bezterminowe. Wynika to po pierwsze z faktu, że „prawo do wypowiedzenia” ma tylko i wyłącznie dłużnik (emitent), po drugie dla terminowego zwrotu decydująca jest sytuacja ekonomiczna emitenta w momencie wymagalności klauzuli step up, a po trzecie nadzór bankowy musiałby wyrazić zgodę na wypowiedzenie, przy czym wyraża ją tylko, jeżeli dłużnik w momencie wypowiedzenia posiada bezpieczną ilość kapitału własnego zgodnie z przepisami o nadzorze bankowym lub plasuje na rynku transakcję zastępczą. Przykłady pokazują ponadto, że również inwestorzy instytucjonalni plasują bezterminowe instrumenty hybrydowe bez opcji step up, Niemcy wymieniły tutaj podrzędne i bezterminowe obligacje Air Canada z roku 1987, dla których, jak przekonała się Komisja, rzeczywiście nie uzgodniono zasady step up. Niemcy wyjaśniły również, że wprawdzie istnienie prawa do wypowiedzenia znajduje swój wyraz w wynagrodzeniu, ale możliwości z tym związane nie są wielkie.

(138) W sytuacji ocenianej przez Komisję decydujące jest przede wszystkim, że bezterminowość depozytu dotyczy w pierwszej kolejności ryzyka inwestora, który nie może skorzystać z podwyżek odsetek na rynku, ponieważ z jednej strony nie przysługuje mu prawo do wypowiedzenia, a z drugiej nie może być pewny wykorzystania opcji „step up”. W przeciwieństwie do tego bezterminowość nie ma wpływu na ryzyko strat w przypadku upadłości lub likwidacji. Mając na uwadze powyższe okoliczności oraz analizę rynku przedstawioną przez Niemcy Komisja doszła do wniosku, że również bezterminowość nie uzasadnia zmiany instrumentu referencyjnego z „cichego udziału” na „kapitał zakładowy”. Jednakże Komisja zbada później dokładniej, czy w związku z bezterminowością należy zapłacić marżę na rynkowe wynagrodzenie za ciche udziały.

(139) Ostatecznie należy stwierdzić, że w przypadku banku Helaba wniesienie bez wątplenia miało formę prawną cichego udziału, który ma więcej cech wspólnych z innymi cichymi udziałami niż z kapitałem zakładowym. Zdaniem Komisji nie ma wystarczających podstaw, aby uznać, że doszło do nadużycia formy prawnej cichego udziału wskutek wniesienia kapitału, który z ekonomicznego punktu widzenia miałby stanowić kapitał zakładowy. Punktem wyjścia dla wynagrodzenia za kwestionowany instrument kapitałowy są w związku z tym „normalne”, tzn. terminowe ciche udziały o wartości typowej dla rynku, i do wynagrodzenia za nie należy doliczyć marżę. W związku z tym rozważania BdB na temat odpowiedniego wynagrodzenia za kapitał zakładowy nie mają dalej żadnego znaczenia.

c) **Obliczenie bazy kapitałowej, od której należy zapłacić wynagrodzenie**

Baza kapitałowa, od której należy zapłacić wynagrodzenie

(140) Na potrzeby obliczenia bazy kapitałowej, za którą należy zapłacić wynagrodzenie, Komisja rozróżnia między tzw. funkcją rozszerzenia działalności a (zwykłą) funkcją gwarancyjną majątku funduszu udostępnionego jako

kapitał własny na potrzeby działalności komercyjnej instytucji kredytowej.

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

(142) Do obliczenia wynagrodzenia należy więc podzielić cichy udział uznany w pełnej wysokości jako kapitał podstawowy na dwie różne bazy kapitałowe. Za bazę kapitałową, którą bank Helaba mógł wykorzystać na działalność komercyjną, należy zapłacić wynagrodzenie, którego zażądałby inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi za cichy udział o tych samych parametrach w tej konkretnej sytuacji. Za bazę kapitałową, której bank Helaba nie mógł wykorzystać na działalność komercyjną, należy zapłacić wynagrodzenie, którego zażądałby inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi w tej konkretnej sytuacji.

Baza kapitałowa, którą bank Helaba mógł wykorzystać do pokrycia działalności komercyjnej

(143) Zasadniczo Komisja jest zdania, że to, ile udostępnionego kapitału zostało rzeczywiście wykorzystane, nie ma znaczenia przy obliczaniu odpowiedniego wynagrodzenia. Jedynym wyznacznikiem jest możliwość wykorzystania kapitału na rozszerzenie działalności. Również prywatny inwestor nie zadowoliliby się wynagrodzeniem, które zależałoby od wykorzystania kapitału. Tutaj Komisja przychyliła się do twierdzenia BdB, które zwróciło uwagę na to, że dla inwestora działającego na zasadach rynkowych, ponoszącego ryzyko utraty swojego depozytu, nie ma znaczenia, czy instytucja kredytowa rzeczywiście wykorzystuje kapitał do rozszerzenia działalności. Generalnie BdB słusznie zwraca uwagę na to, że dla inwestora działającego na zasadach rynkowych liczy się wyłącznie to, że nie może sam pomnażać wniesionej kwoty i uzyskiwać z niej odpowiedniego zysku. Można to pokazać na

przykładzie wynajmu mieszkania: wynajmujący żądałby zapłaty czynszu także wtedy, jeśli najemca z jakiegokolwiek powodu nie mieszkałby w mieszkaniu, ponieważ wynajmując je jednemu najemcy, nie ma możliwości wynajęcia go komuś innemu, a miejsce przebywania najemcy jest bez znaczenia. Przedmiotem umowy najmu jest więc możliwość korzystania z mieszkania.

- (144) Komisja przyjmuje wstępnie do wiadomości, że uzgodniona baza kapitałowa, którą bank Helaba mógł wykorzystać do pokrycia działalności komercyjnej, i za którą należy zapłacić wynagrodzenie, nie zależy od rzeczywistego pokrycia, ale tylko i wyłącznie od możliwości pokrycia działalności komercyjnej. To znaczy, że ta regulacja odpowiada powyżej omówionym kryteriom Komisji.
- (145) Kraj związkowy Hesja oraz bank Helaba uzgodniły powyżej opisany tzw. model stopniowy. Zgodnie z nim wartość gotówkowa całego majątku funduszu została ujęta w bilansie na dzień 31 grudnia 1998 r., po to, aby nie trzeba było dzielić majątku funduszu. Od początku było to w przeważającej części, tzn. z wyjątkiem części przeznaczonej na pokrycie działalności wspierającej, korzystne dla pokrycia działalności komercyjnej banku. Bank Helaba od początku przedstawił krajowi związkowemu, że zgodnie ze swoim planem działalności do pokrycia działalności komercyjnej potrzebuje kapitału tylko sukcesywnie, tzn. zgodnie z ostatecznie uzgodnionym planem stopniowym. W przeciwieństwie do tego wynagrodzenie w ramach regulacji stopniowej dotyczyło możliwości wykorzystania kapitału, tzn. było niezależne od rzeczywistego pokrycia. W związku z jednoznacznym planem wykorzystania kraj związkowy Hesja od początku znał bazę kapitałową, za którą należy zapłacić wynagrodzenie. Odnośnie do pokrycia kraj związkowy Hesja nie zdawał się na uznanie banku, lecz zgodził się na taką regulację wynikającą ze zrozumiałego życzenia banku Helaba.
- (146) Komisja uznaje, że to zachowanie odpowiada rynkowym zasadom działania inwestora, któremu w sytuacji kraju związkowego Hesja również nie udało się wynegocjować szybszego wzrostu bazy kapitałowej, za którą należy zapłacić wynagrodzenie, ponieważ bank Helaba nie zgodziłby się na to ze względu na swój plan działania. Zdaniem Komisji za okres od 1999 r. do 2002 r. należy zapłacić wynagrodzenie za przewidziane wartości stopniowe, a od roku 2003 za całą kwotę cichego udziału, która może być wykorzystana na pokrycie działalności komercyjnej, którego zażądałby inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi za cichy udział o tych samych parametrach w tej konkretnej sytuacji.

Baza kapitałowa ujęta w bilansie, której bank Helaba nie mógł jednak wykorzystać do pokrycia działalności komercyjnej

- (147) Jak przedstawiono powyżej, również ta kwota cichego udziału, której bank Helaba nie mógł wykorzystać do pokrycia działalności komercyjnej, została ujęta w bilansie

banku na dzień 31 grudnia 1998 r. Został on zaliczony do kapitału podstawowego w pełnej wysokości i od początku stanowił zabezpieczenie wierzycieli banku. Jest to przynajmniej potencjalna korzyść dla banku, ponieważ wysokość kapitału własnego ujęta w bilansie informuje inwestorów o wypłacalności banku i w związku z tym może wpływać na warunki, na których bank pozyskuje kapitał obcy.

- (148) Niemcy oponują, że z faktu, iż bank Helaba zaksięgował w bilansie cichy udział w całej wysokości 1 264,4 mln EUR bezpośrednio po jego otrzymaniu, nie da się wywnioskować poprawy wypłacalności. W długoterminowych ratingach wypłacalności, miarodajnych dla wierzycieli, bank Helaba otrzymuje od połowy lat 80-tych najwyższą kategorię AAA/Aaa, która przede wszystkim opiera się na istniejących poręczeniach państwowych zobowiązujących udziałowców do zapewnienia płynności (Anstaltslast) oraz do nieograniczonej odpowiedzialności za zobowiązania (Gewährträgerhaftung), i w ten sposób na nieograniczonej wypłacalności udziałowców (Gewährträger). Wykazanie cichego udziału nie wpłynęło na poprawę tej nadzwyczajnej wypłacalności najwyższego stopnia⁽²⁰⁾.
- (149) Na kolejne pytanie Komisji Niemcy oświadczyły, że nawet biorąc pod uwagę tzw. rating siły finansowej agencji Moody's Investors' Service i tzw. rating indywidualny agencji Fitch dla banku Helaba w interesującym okresie, nie zaobserwowano żadnego wpływu cichego udziału na ocenę siły finansowej banku Helaba. Oba wyżej wymienione ratingi uwzględniały, niezależnie od istniejących poręczeń państwowych Anstaltslast i Gewährträgerhaftung oraz struktury własnościowej, wyłącznie i bezpośrednio dochodowość danej instytucji, jakość zarządzania, pozycję na rynku oraz wyposażenie w kapitał własny⁽²¹⁾. Oba wymienione ratingi nie zmieniły się (rating siły finansowej agencji Moody's na poziomie C+ oraz indywidualny rating agencji Fitch na poziomie B/C) w okresie od 1997 r. do 2000 r., pomimo wniesienia cichego udziału na koniec 1998 r., a od 2001 r. obniżyły się (rating siły finansowej agencji Moody's na poziomie C+ (neg.) lub C (neg.) oraz rating agencji Fitch na poziomie C). Zdaniem Niemiec dowodzi to faktu, że cichy udział nie miał wpływu na wypłacalność banku Helaba, niezależnie od istniejących poręczeń państwowych⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ Odpowiedź Niemiec z dnia 23 czerwca 2004 r., str. 12.

⁽²¹⁾ Odpowiedź Niemiec z dnia 23 czerwca 2004, str. 12, załącznik 29/2004, rating agencji Fitch: Bank Rating Methodology: maj 2004, str. 12: „Pod uwagę brane są przede wszystkim: dochodowość, integralność bilansowa (włączając kapitalizację), ustabilizowana pozycja rynkowa, zarządzanie, środowisko działania, ciągłość oraz wielkość (w rozumieniu kapitału własnego banku)”.

⁽²²⁾ Powodem było, jak już wspomniano, osiągnięcie wskaźników wyraźnie przewyższających minimalne wymogi dla współczynników kapitału podstawowego (współczynnik kapitału podstawowego 4,0 %, współczynnik łączny lub współczynnik środków własnych 8,0 %) w przedmiotowym okresie, co jest decydującą różnicą w porównaniu z sytuacją WesLB. W 1997 r., tzn. przed wniesieniem kapitału, współczynnik kapitału podstawowego zgodnie z zasadą I do § 10a KWG (Prawo bankowe) wynosił dla koncernu Helaba 4,8 %, a dla banku Helaba 5,0 %. Zgodnie z zasadami Banku Rozrachunków Międzynarodowych współczynnik kapitału podstawowego (kategoria I) wynosił 5,4 % w roku 1997. Współczynnik łączny lub współczynnik kapitału własnego w 1997 r. wynosił 8,9 % lub 9,6 % dla koncernu oraz 9,2 % dla samego banku. Również zakładany plan rozwoju działalności banku Helaba w kolejnych latach obrachunkowych nie wykazywał bezpośredniej konieczności przyjęcia kapitału podstawowego w wysokości 1 264,4 mln EUR.

- (150) Komisja nie może zgodzić się z argumentami Niemiec. Rozważania Niemiec na temat siły finansowej lub ratingu indywidualnego pokazują o wiele bardziej, że wielkość kapitału własnego instytucji finansowej jest istotnym czynnikiem wpływającym na jakość ratingu, a przez to na wypłacalność. Z wcześniejszej perspektywy, tzn. w momencie uzgodnienia cichego wkładu między krajem związkowym Hesja oraz bankiem Helaba obie strony musiały założyć, że zaksięgowanie kapitału podstawowego w wysokości ok. 1,2 mld EUR wpłynie na dalszą poprawę wypłacalności banku. Przytoczony przez Niemcy ratingi siły finansowej agencji Moody's i Fitch pokazują właśnie, że dalsza poprawa była jak najbardziej możliwa, ponieważ najwyższy stopień jeszcze nie został osiągnięty. Fakt, że później nie zaobserwowano żadnych zmian ratingu finansowego, nie oznacza jeszcze, że nie doszło do pozytywnego wpływu na rating siły finansowej. Pozytywny wpływ znacznego zwiększenia kapitału podstawowego zapobiegł być może obniżeniu się ratingu siły finansowej z innych powodów lub szybszemu obniżeniu ratingu niż to miało miejsce w rzeczywistości, tzn. dopiero od 2001 r.
- (151) Oceniając potencjalny, wcześniej oceniany wpływ działania na wypłacalność banku i/lub na przyszłe warunki finansowania banku, Komisja przykłada osobne znaczenie do ratingu siły finansowej banku kraju związkowego obok długoterminowego ratingu przyznanego w związku z istniejącymi poręczeniami państwowymi Anstaltslast i Gewährträgerhaftung.
- (152) Odnośnie do przyszłego pozyskania kapitału obcego z punktu widzenia 1998 r., bank Helaba w 1998 r. i w latach następnych otrzymał najlepszą ocenę ratingową AAA/Aaa z powodu poręczeń państwowych Anstaltslast i Gewährträgerhaftung. Według informacji Komisji oraz zgodnie z wypowiedziami Niemiec konkretne koszty refinansowania banku, porównując także z innymi podobnymi bankami, zmieniają lub wahają się w określonym przedziale przy danej kategorii ratingu. Innymi słowy, z określonego, długoterminowego ratingu, tutaj AAA/Aaa, nie można wynioskować dokładnych i niezmiennych, w danym czasie określonych, kosztów refinansowania dla wszystkich banków o takim samym ratingu. Z doświadczenia wynika, że znaczenie miały również inne czynniki, jak siła finansowa banku Helaba w porównaniu do innych banków krajowych o takim samym długoterminowym ratingu przyznanym w związku z istniejącymi poręczeniami państwowymi Anstaltslast i Gewährträgerhaftung. Im większa siła finansowa banku Helaba, tym większe możliwości, aby przy konkretnych rokowaniach na temat warunków finansowania w obrębie kategorii ratingu AAA/Aaa uzyskać możliwie najkorzystniejsze warunki refinansowania na rynku dla kategorii AAA/Aaa. Ponadto zależność od ratingu gwaranta (Gewährträger) zmniejsza się, tzn. przy ewentualnym pogorszeniu się jego ratingu, którego nie można było wcześniej wykluczyć, bank Helaba mógłby argumentować swoją indywidualną siłą finansową, aby utrzymać korzystne warunki refinansowania.
- (153) Odnośnie do przyszłego pozyskania kolejnych środków własnych z punktu widzenia roku 1998, które rzeczywiście miało miejsce w 2001 r. w formie cichego udziału, to wysoki, ujęty w bilansie bufor kapitałowy zmniejsza prawdopodobieństwo utraty tego nowego kapitału w przypadku upadłości, przy założeniu, że gwarancja starego i nowego kapitału jest równorzędna. Niemcy twierdziły, że równorzędność gwarancji jest regułą dla cichych udziałów. Z punktu widzenia roku 1998 nie można było wykluczyć, że nowi inwestorzy mogliby tego żądać.
- (154) Na pytanie Komisji Niemcy wyjaśniły ponadto, że w rozumieniu § 10 ust. 4 KWG (Prawo bankowe) ochrona, jaką dają poręczenia publiczne Anstaltslast i Gewährträgerhaftung, nie obejmuje cichych udziałów. Wynika to bezpośrednio z umowy ustalonych udziału w stratach jako warunku dla uznania za obowiązkowe środki własne. W ten sposób inwestor nie jest traktowany jak wierzyciel banku i w związku z tym nie obejmuje go nieograniczona odpowiedzialność udziałowców za zobowiązania (Gewährträgerhaftung). Nie korzysta on również z konieczności zapewnienia płynności (Anstaltslast), ponieważ z tego wynika tylko obowiązek zapewnienia instytucji podstawy ekonomicznej oraz depozytów koniecznych do prowadzenia zwyczajowej działalności. W każdym razie nie wyklucza to udziału osób trzecich w stratach. Zasadniczo wysokość strat nie może przekraczać obowiązkowych środków własnych. W ten sposób interesy majątkowe cichego udziałowca nie są chronione przez interwencję gwaranta w związku z jego obowiązkiem do zapewnienia płynności (Anstaltslast). Ponieważ inwestorzy wnoszący środki własne nie są chronieni przez poręczenia publiczne Anstaltslast i Gewährträgerhaftung, wzmocniona lub pozostająca na tym samym poziomie indywidualna siła finansowa banku Helaba z punktu widzenia roku 1998 miała, zdaniem Komisji, pozytywny wpływ na przyszłe warunki, na których bank Helaba mógł pozyskiwać dalsze środki własne, jak ciche udziały.
- (155) Podsumowując, Komisja stwierdza, że znaczne zwiększenie współczynnika kapitału podstawowego, możliwe dzięki natychmiastowemu zaksięgowaniu cichego udziału w 1998 r., jest przynajmniej z wcześniejszego punktu widzenia decydującym czynnikiem oceny indywidualnej siły finansowej oraz przyszłych warunków finansowania i w związku z tym stanowi korzyść dla banku Helaba, niezależnie od kwestii, czy kwota ta została użyta na pokrycie działalności komercyjnej. Inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi, który poprzez natychmiastowe zaksięgowanie w bilansie całego wniesionego kapitału wystawiłby go w całości na ryzyko utraty w przypadku upadłości, zażądałby w zamian odpowiedniego wynagrodzenia. Z drugiej jednak strony bank Helaba zgodził się na wynagrodzenie ze względu na przynajmniej potencjalnie istniejącą korzyść, której urzeczywistnienie zależało od przyszłego rozwoju sytuacji, którego z kolei nie można było dokładnie przewidzieć w 1998 r. W tym punkcie Komisja przychyliła się ostatecznie do zdania skarżącego BdB.

d) **Odpowiednie wynagrodzenie za wniesiony kapitał oraz porównanie z rzeczywiście zapłaconym wynagrodzeniem**

(1) Ocena, czy wynagrodzenie za kapitał wykorzystany do pokrycia działalności komercyjnej było wynagrodzeniem rynkowym

(aa) Uwaga wstępna

(156) Jak już wyjaśniono Komisja traktuje przyjęcie kapitału uzgodnione między krajem związkowym Hesja a bankiem Helaba jako cichy udział. W ten sposób do oceny zgodności z rynkiem tego konkretnie ustalonego wynagrodzenia miarodajne jest, czy mieści się ono w przedziale wynagrodzeń rynkowych za ekonomicznie i prawnie porównywalne transakcje, których przedmiotem są ciche udziały.

(157) Zdaniem Niemiec, porównując cichy udział kraju związkowego Hesja z cichymi udziałami na rynku, należy uwzględnić efekt podatku od działalności gospodarczej – w przypadku cichego wkładu banku Helaba - 0,26 % p.a. Od wynagrodzenia w wysokości 1,4 % bank Helaba musi dodatkowo zapłacić podatek od działalności gospodarczej, którego nie płaci kraj związkowy Hesja, w związku z tym łączne obciążenie wynosi 1,66 % (przed opodatkowaniem). Firmy inwestujące w Niemczech płacą podatek od działalności gospodarczej od udziałów w zyskach z tytułu cichych udziałów. Kraj związkowy Hesja nie płaci jednak podatku od działalności gospodarczej. W przeciwieństwie do tego bank Helaba musi płacić podatek od działalności gospodarczej od cichych wkładów. Inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi zażądałaby wyższego wynagrodzenia niż kraj związkowy, aby zrównoważyć obciążenie podatkiem od działalności gospodarczej. I odwrotnie, bank Helaba zapłaciłby takiemu inwestorowi marżę od wynagrodzenia, ponieważ nie stanowi to dla niego różnicy, czy zapłaci marżę od wynagrodzenia dla inwestora, czy podatek od działalności gospodarczej do urzędu skarbowego.

(158) Komisja uznaje słuszność uwagi BdB, że podatek od działalności gospodarczej odprowadzany w dużej mierze nie do kraju związkowego, ale do gminy, nie jest składnikiem wynagrodzenia oraz że to obciążenie wynika z przepisów prawa, niezależne od intencji stron. Jednakże BdB nie dostrzega, że przy porównaniu rynkowym ostatecznie nie chodzi o to, czy podatek od działalności gospodarczej jest składnikiem wynagrodzenia, czy nie. Ważniejsze jest uwzględnienie w porównaniu rynkowym specjalnej sytuacji banku Helaba w momencie przyjmowania cichego udziału kraju związkowego Hesja, a przy tym również istniejące szczególne obciążenie, które nie miałoby miejsca w przypadku przyjęcia cichych udziałów od inwestujących przedsiębiorstw.

(159) Ostatecznie Komisja przychyliła się do zdania Niemiec, że w porównaniu rynkowym należy doliczyć podatek od działalności gospodarczej w wysokości 0,26 % p.a., który musi zapłacić bank Helaba, do wynagrodzenia w wysokości 1,40 % p.a., co daje łączne obciążenie w wysokości 1,66 %

p.a. Według informacji Niemiec podatek od działalności gospodarczej można podzielić stosunkowo na oba składniki wynagrodzenia, mianowicie 0,23 % p.a. na uzgodnione wynagrodzenie początkowe w wysokości 1,2 % p.a. oraz 0,03 % na marżę za bezterminowość, która wynosi 0,2 %. Do celów porównania rynkowego należy zatem przyjąć: dla wynagrodzenia wyjściowego stopę w wysokości 1,43 % p.a., a dla marży za bezterminowość stawkę w wysokości 0,23 % p.a.

(bb) Zgodność ustalonego wynagrodzenia wyjściowego w wysokości 1,2 % p.a. z wynagrodzeniem rynkowym (stopa 1,43 % p.a. istotna dla porównania rynkowego, z uwzględnieniem podatku od działalności gospodarczej)

(160) Wynagrodzenie wyjściowe za przedmiotowy cichy udział, należy, zakładając metodykę zastosowaną przez kraj związkowy Hesja oraz bank Helaba, obliczyć na podstawie cichych udziałów o określonym czasie trwania, których inne parametry są jednak porównywalne. Kwestia odpowiedniego wynagrodzenia za bezterminowość cichego udziału kraju związkowego Hesja w odniesieniu do marży na to wynagrodzenie wyjściowe zostanie zbadana oddzielnie w lit. bb).

(161) Niemcy przedłożyły obszerne dane dotyczące wynagrodzenia za ciche udziały w momencie wniesienia na koniec 1998 r. oraz przed i po tym terminie.

(162) Zdaniem Niemiec, porównując marżę na ciche udziały, należy rozróżnić według stopy referencyjnej. Jeżeli w przypadku zmiennego łącznego wynagrodzenia marżę na wynagrodzenie odniesie się do (zmiennej) stopy depozytów pieniężnych na rynku międzybankowym (Libor lub Euribor), tzn. do stopy refinansowania dla pierwszorzędných banków, odpowiada ona wynagrodzeniu gwarancyjnemu za ciche udziały i nie ma potrzeby jej dalszego dostosowywania. Jeżeli w przeciwieństwie do tego, w przypadku stałego łącznego wynagrodzenia marżę na wynagrodzenie odniesie się do (stałej) stopy papierów wartościowych o stałym oprocentowaniu (z reguły zysk z dziesięcioletnich obligacji państwowych), marża na wynagrodzenie składa się z (ogólnej) marży za refinansowanie banku w stosunku do państwa za przysporzenie płynności oraz ze szczególnego wynagrodzenia gwarancyjnego za cichy udział. Zatem dla porównania wynagrodzenia gwarancyjnego z wynagrodzeniami gwarancyjnymi na rynku depozytów pieniężnych należy w tym przypadku od marży na wynagrodzenie odjąć marżę za refinansowanie. I przeciwnie, w przypadku aportów, jakim jest cichy udział kraju związkowego Hesja, marża na wynagrodzenie zwyczajowo jest taka sama jak wynagrodzenie gwarancyjne, tak jak to jest w przypadku zmiennie oprocentowanych instrumentów na rynku depozytów pieniężnych.

(163) Z tego wynika, że wynagrodzenie za cichy udział kraju związkowego Hesja jako aportu można bezpośrednio

porównać z narzutami na wynagrodzenia na rynku depozytów pieniężnych (tzn. ze zmiennymi wynagrodzeniami łącznie), ponieważ odpowiadają one wynagrodzeniom gwarancyjnym. I przeciwnie, przy porównaniu z łącznymi wynagrodzeniami na rynku papierów wartościowych o stałym oprocentowaniu należy od nich odjąć narzut

za refinansowanie (zasadniczo ok. 20 do 40 punktów bazowych, niezależnie od krótkotrwałych odchyłeń w górę lub w dół, w interesującym okresie zgodnie z danymi Niemiec ⁽²³⁾), aby obliczyć szczególne wynagrodzenie gwarancyjne za cichy udział.

- (164) Opierając się na informacjach przekazanych przez Niemcy, Komisja przeprowadziła porównanie rynkowe na podstawie porównywalnych transakcji przytoczonych w poniższym zestawieniu, które były znane krajowi związkowemu Hesja i bankowi Helaba albo w momencie przeprowadzania transakcji na koniec 1998 r., albo, jeżeli miały miejsce dopiero kilka miesięcy później, ze względu na to, że nie są odległe w czasie, pozwalają na wyciągnięcie wniosków na temat warunków na rynku panujących w momencie przeprowadzania transakcji na koniec 1998 r.:

Miarodajne porównywalne transakcje ⁽²⁴⁾

| Opis transakcji | Wartość | Czas trwania | Rating wypłacalności/produktów | Marża na wynagrodzenie p.a. (pkt. bazowe) | Stopa refinansowania i ew. korekta ⁽²⁵⁾ marży na wynagrodzenie przez odjęcie marży za refinansowanie | Wynagrodzenie gwarancyjne miarodajne dla celów porównawczych |
|---|----------------------------------|--------------|--|---|---|--|
| Cichy udział kas oszczędnościowych w Hesji i Turynii wniesiony do banku Helaba w grudniu 1997 r. | 300 mln DEM | 10 lat | Rating wypłacalności: Aaa/AAA (z powodu poręczeń państwowych) Rating produktów: ? | 1,2 % | 10-letnie obligacje federalne (korekcyjne potrącenie 20-40 pkt. bazowych) | 80-100 pkt. bazowych |
| Transza cichego udziału w USD wniesionego do Deutsche Bank w styczniu 1998 r., stałe oprocentowanie | 1 transza o wartości 700 mln USD | 10 lat | Rating wypłacalności: AAA/Aa1 Rating produktów: AA- | 80 pkt. bazowych | Libor 12M (bez korekty) | 80 pkt. bazowych |
| Transza cichego udziału w USD wniesionego do Deutsche Bank w styczniu 1998 r., oprocentowanie zmienne | 2 transza o wartości 700 mln USD | 10 lat | Rating wypłacalności: AAA/Aa1 Rating produktów: AA- | 140 pkt. bazowych | 10-letnie amerykańskie obligacje skarbowe (korekcyjne potrącenie 65 pkt. bazowych ⁽²⁶⁾) | 75 pkt. bazowych |
| Transza cichego udziału wniesionego do banku SGZ w październiku 1998 r., oprocentowanie zmienne | 50 mln DEM | 10 lat | Rating wypłacalności: A1/A+ Rating produktów: ? | 120 pkt. bazowych | Libor 12M (bez korekty) | 120 pkt. bazowych |

⁽²³⁾ Patrz uwagi Niemiec z dnia 9 kwietnia 2003 r., załącznik 15-16. Dane dotyczą marży za refinansowanie dla banków ze strefy euro w stosunku do obligacji federalnych oraz marży za refinansowanie obligacji bankowych (10-letnie hipoteczne listy zastawne) w stosunku do obligacji federalnych. Z braku danych odnośnie do odpowiedniej marży za refinansowanie w porównaniu z amerykańskimi obligacjami skarbowymi oraz w związku z ekonomiczną porównywalnością Komisja stosuje wymieniony przedział marż za refinansowanie również dla amerykańskich obligacji skarbowych, ponieważ nie chodzi o dokładne liczby, ale o wielkości orientacyjne do obliczenia przedziału dla miarodajnego wynagrodzenia gwarancyjnego.

Międzynarodowe porównywalne transakcje ⁽²⁴⁾

| Opis transakcji | Wartość | Czas trwania | Rating wypłacalności/produktów | Marża na wynagrodzenie p.a. (pkt. bazowe) | Stopa refinansowania i ew. korekta ⁽²⁵⁾ marży na wynagrodzenie przez odjęcie marży za refinansowanie | Wynagrodzenie gwarancyjne międzynarodowe dla celów porównawczych |
|---|---|-----------------|--|---|---|--|
| Cichy udział wniesiony do HypoVereinsbank w grudniu 1998 r. | 1 transza w wysokości 1,2 mld DEM ⁽²⁷⁾ | 10 lat | Rating wypłacalności: Aa2, Aa3/AA- Rating produktów: A2 | 160 pkt. bazowych | DEM Libor (bez korekty) | 160 pkt. bazowych |
| Transza w euro, cichy udział wniesiony do Dresdner Bank w maju 1999 r. | 500 mln EUR | 12 lat | Rating wypłacalności: Aa1/AA Rating produktów: Aa2; A+ | 165 pkt. bazowych | 10-letnie niemieckie obligacje federalne (korekcyjne potrącenie 20-40 pkt. bazowych) | 125-145 pkt. bazowych |
| Transza w USD, cichy udział wniesiony do Dresdner Bank w maju 1999 r. | 1 mld USD | 32 lata | Rating wypłacalności: Aa1/AA Rating produktów: Aa2; A+ | 215 pkt. bazowych | 30-letnie amerykańskie obligacje skarbowe (korekcyjne potrącenie 65 pkt. bazowych ⁽²⁸⁾) | 150 pkt. bazowych |
| Cichy udział wniesiony do HypoVereinsbank w maju 1999 r. | 500 mln EUR | 12 lat | Rating wypłacalności: Aa2, Aa3/AA- Rating produktów: ? | 125 pkt. bazowych | Euribor 12M (bez korekty) | 125 pkt. bazowych |
| Transza w euro, obligacje bezterminowe wniesione do Deutsche Bank w lipcu 1999 r. | 500 mln EUR | nieograni-czony | Rating wypłacalności: Aa3/AA Rating produktów: A1 | Łącznie 6,6 % (odpowiada 115 pkt. bazowym) | Odpowiada 30-letnim obligacjom federalnym (korekcyjne potrącenie 20-40 pkt. bazowych) | 75-95 pkt. bazowych |
| Transza w USD, obligacje bezterminowe wniesione do Deutsche Bank w lipcu 1999 r. | 200 mln USD | nieograni-czony | Rating wypłacalności: Aa3/AA Rating produktów: A1 | Łącznie 7,75 % (odpowiada 160 pkt. bazowym) | Odpowiada 30-letnim amerykańskim obligacjom skarbowym (korekcyjne potrącenie 65 pkt. bazowych) | 95 pkt. bazowych |

⁽²⁴⁾ Patrz przede wszystkim uwagi Niemiec z dnia 9 kwietnia 2003 r., załączniki 2-4, 8-12, 17-18.

⁽²⁵⁾ Korekta w drodze potrącenia podjęta przez Komisję na podstawie danych przedstawionych przez Niemcy.

⁽²⁶⁾ Marża za refinansowanie w stosunku do amerykańskich obligacji skarbowych o takim samym czasie trwania, patrz uwagi Niemiec z dnia 9 kwietnia 2003 r., str. 27.

⁽²⁷⁾ Druga transza o stałym oprocentowaniu, ale porównywalne warunki.

⁽²⁸⁾ Marża za refinansowanie w stosunku do amerykańskich obligacji skarbowych o takim samym czasie trwania, patrz uwagi Niemiec z dnia 9 kwietnia 2003 r., str. 27.

- (165) Z tabeli zawierającej miarodajne porównywalne transakcje wynika przedział rynkowych, miarodajnych wynagrodzeń gwarancyjnych od 0,75 % do 1,6 % p.a. Na poparcie tego twierdzenia Niemcy przedłożyły zestawienie banku inwestycyjnego [...] przedstawiające zmiany wynagrodzeń gwarancyjnych za hybrydowe instrumenty kapitału podstawowego notowane w euro za okres od grudnia 2001 r. do lipca 2004 r. ⁽²⁹⁾ Wynagrodzenie gwarancyjne (marża na stawkę Libor) we wszystkich klasach ratingowych mieści się w tym okresie w przedziale między górną granicą 2,25 % p.a. (na przełomie lat 2002/2003) a dolną granicą ok. 0,8 % p.a. (w roku 2004), przy czym średnią wartością dla tego okresu jest 1,5 % p.a. Zgodnie z zestawieniem wartość ta dla instytucji kredytowych ocenionych na A lub lepiej jest o ok. 10 do 20 punktów bazowych niższa, a dla instytucji kredytowych ocenionych na BAA wyższa o ok. 10 do 250 punktów bazowych w najgorszym (krótkim) okresie wiosną 2003 r.
- (166) Komisja jest świadoma, że wynagrodzenia rynkowe wymienione w tabeli ujmują problem tylko ogólnie. Transakcje różnią się od siebie pod wieloma względami, w szczególności odnośnie do ratingu banków-emitentów, wartości oraz przyjętej stopy referencyjnej. Czynniki te mają decydujący wpływ na ceny i należałoby je metodycznie podzielić ze względu na ich różny wpływ na cenę, wykonując dodatkowe badania rynku.
- (167) Zdaniem Komisji można jednak zrezygnować z takiego dodatkowego badania rynku, przeprowadzając ocenę cichego udziału kraju związkowego Hesja pod względem zgodności z rynkiem z punktu widzenia przepisów o pomocy państwa. Wystarczy, że Komisja przekona się na podstawie przedstawionych tendencji, że uzgodnione wynagrodzenie mieści się w przedziale rynkowym.
- (168) Można więc stwierdzić, że wartość przytoczonych porównywalnych transakcji wynosi od mniej niż 50 mln DEM (ok. 25 mln EUR) do ok. 1 mld USD (w zależności od kursu wymiany ok. 1 mld EUR). Wartość cichego udziału kraju związkowego Hesja wynosi ok. 1,2 mld EUR, czyli przekracza nieznacznie powyższe wartości. Komisja przychyliła się jednak do zdania Niemiec, że cichy udział kraju związkowego Hesja w związku z powyżej przedstawionym modelem stopniowym można porównać do następujących po sobie, czterech mniejszych cichych udziałów, każdy o wartości ok. 150 mln EUR i 300 mln EUR. Bank Helaba nie potrzebował natychmiastowego zastrzyku tak dużej kwoty, lecz mógł sukcesywnie pozyskać ciche udziały na rynku
- zgodnie ze swoim planem działania. Komisja przyjmuje do wiadomości, że przyjęcie niepodzielonego cichego udziału przez bank Helaba leżało przede wszystkim w interesie Niemiec po to, by zapobiec podziałowi majątku funduszu.
- (169) Z drugiej jednak strony cichy udział kraju związkowego Hesja, nawet jeśli składał się z kilku części, zwiększył się udział cichych udziałów w kapitale podstawowym banku Helaba do ok. [...] %. Zdaniem Niemiec jest to znacznie więcej niż zwyczajowy udział hybrydowych instrumentów kapitału podstawowego w bankach prywatnych ⁽³⁰⁾. Komisja zakłada, że prywatny inwestor zażądałby tym wyższego wynagrodzenia, im wyższy jest udział hybrydowych kapitałów podstawowych w stosunku do kapitału zakładowego, ponieważ wtedy wzrasta prawdopodobieństwo wykorzystania cichych udziałów w stosunku do kapitału zakładowego, jeżeli bank będzie miał trudności. Niemcy zaprzeczają temu, twierdząc, że ciche udziały gwarantują równorzędnie, a później przyjęte ciche udziały w żadnym razie nie gwarantują pierwszorzędnie. Niezależnie od stosunku gwarancyjnego cichych udziałów między sobą, Komisja widzi zwiększone ryzyko również w tym, że przy wysokim stosunku cichych udziałów w kapitale podstawowym w razie potrzeby ciche udziały pokrywają więcej ryzykownych aktywów banku, i w ten sposób zmniejsza się działanie bufora kapitału zakładowego, tak że prawdopodobieństwo ich wykorzystania w przypadku straty jest większe lub też spadnie prędkość ich ponownego uzupełnienia przy poprawionej dochodowości. Niemcy twierdzą ponadto, że z danych rynkowych nie wynika, iż inwestorzy wnoszący ciche udziały w przedsiębiorstwo, które już ma zwiększony stosunek cichych udziałów, zażądałby również wyższego wynagrodzenia gwarancyjnego. Komisja przyjmuje to do wiadomości i uważa, że metodyczna kwantyfikacja takiego narzutu na potrzeby tej decyzji nie jest możliwa. Komisja uważa jednak, że to może przemawiać za tym, że inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi nie zaakceptowałby wynagrodzenia w dolnej części przedziału rynkowego.
- (170) W przeciwieństwie do Niemiec Komisja uważa, że najwyższa ocena ratingowa AAA/Aaa dla banku Helaba na koniec 1998 r. przyznana na podstawie istniejących poręczeń państwowych Anstaltslast i Gewährträgerhaftung, jest niemiarodajna do zbadania wynagrodzenia za cichy udział. Jak wyjaśniono powyżej, interesy majątkowe cichego udziałowca nie są chronione przez interwencję gwaranta w związku z jego obowiązkiem do zapewnienia płynności (Anstaltslast).

⁽²⁹⁾ Odpowiedź Niemiec z dnia 23 sierpnia 2004 r., załącznik 6.

⁽³⁰⁾ Odpowiedź Niemiec z dnia 23 sierpnia 2004 r., str. 11-12. W tam wymienionych [...] prywatnych bankach niemieckich [...], [...] i [...] udział ten wzrósł z ok. 5 % w roku 1998 na ok. 20-30 % w roku 2003. Zgodnie z informacjami Niemiec udział banku Helaba mieści się w przedziale obserwowanym dla banków krajów związkowych od 33 % do 72 %.

- (171) Komisja wyciąga z tego wniosek, że ocena ratingowa przyznana na podstawie poręczeń państwowych Anstaltslast i Gewährträgerhaftung nie może być wskazówką co do ryzyka, jakie przyjmuje na siebie inwestor. Zdaniem Komisji bardziej miarodajny jest długoterminowy rating bez poręczeń państwowych. W tym kontekście Niemcy wyjaśniają, że nie da się ustalić takiej oceny ratingowej na koniec 1998 r., ponieważ odpowiednia metoda przyznawania ocen ratingowych dla banków krajów związkowych została opracowana dopiero po zniesieniu poręczeń państwowych, tzn. po 2001 r. lub 2002 r. Na potrzeby niniejszej decyzji Komisja zakłada więc, że inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi założyłby dla banku Helaba podobne ryzyko strat jak dla inwestycji w jeden z dużych banków prywatnych ujętych w porównaniu rynkowym, który również miałby ocenę ratingową A, a nie obniżone ryzyko zgodnie z najlepszą możliwą oceną ratingową AAA. Nie wydaje się zatem, że wykazano zmniejszenie odpowiedniej marży na wynagrodzenie w stosunku do porównywalnych danych rynkowych; te ostatnie można znacznie prościej pozyskać bezpośrednio.
- (172) Z powyższych powodów Komisja uważa, że wynagrodzenie za cichy udział kraju związkowego Hesja w dolnej części przedziału rynkowego byłoby już niezgodne z rynkowym. W oparciu o ustalony przedział rynkowy dla wynagrodzenia gwarancyjnego za ciche udziały od 0,75 % do 1,6 % miarodajna porównywalna wielkość dla cichego udziału kraju związkowego Hesja wynosi 1,43 % (uwzględniając efekt podatku od działalności gospodarczej), czyli znajduje się po środku lub w górnych wartościach przedziału. W związku z powyższym Komisja jest zdania, że odnośnie do wynagrodzenia wyjściowego nie ma podstaw do stwierdzenia uprzywilejowania banku Helaba i w związku z tym pomocy państwa.
- (cc) Rynkowa zgodność uzgodnionej marży za bezterminowość w wysokości 0,2 % p.a. (stopa 0,23 % p.a. istotna dla porównania rynkowego, z uwzględnieniem podatku od działalności gospodarczej)
- (173) Cichy udział kraju związkowego Hesja jest bezterminowy i stanowi zgodnie z terminologią międzynarodową perpetual. Tym odróżnia się od większości innych transakcji przytoczonych przez Niemcy w porównaniu, które w latach 90-tych były już postrzegane jako typowe, a których okres trwania wynosił z reguły od 10 do 12 lat.
- (174) Bezterminowość powoduje, że przewidywanie rynku jest abstrakcyjne i w związku z tym dla inwestora wzrasta ryzyko strat i ryzyko zmian oprocentowania, które ma wyrównać marża, przy czym ryzyko zmian oprocentowania nie gra niniejszym roli z racji braku płynności kapitału.
- Poza tym kraj związkowy ograniczył swoje możliwości dysponowania cichym udziałem silniej, niż zwyczajowo miałoby to miejsce w przypadku inwestycji o ograniczonym czasie trwania.⁽³¹⁾ Z drugiej strony bezterminowość cichego udziału przynosi większą korzyść ekonomiczną dla banku Helaba, ponieważ może on być uznany za kapitał podstawowy powyżej granicy 15 %, i w tym konkretnym przypadku tak się stało. Odpowiednią regulację zawiera ww. „Deklaracja z Sydney” Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego z października 1998 r.
- (175) Z tych powodów kraj związkowy Hesja oraz bank Helaba uzgodniły kolejną marżę na wynagrodzenie podstawowe, tzw. marżę za bezterminowość w wysokości 0,2 % p.a. Uwzględniając powyżej wyjaśniony efekt podatku od przedsiębiorstw, stopa miarodajna do porównania rynkowego wzrasta do 0,23 % p.a.
- (176) Oceniając, czy stawka 0,23 % p.a. jest zgodna z zasadą rynkowego działania inwestora, Komisja nie mogła lub mogła tylko w ograniczonym zakresie oprzeć się na danych rynkowych z okresu transakcji. Jak przedstawiają to Niemcy, bank Helaba i kraj związkowy Hesja przeprowadziły w pewnym sensie pionierską transakcję na rynku po to, aby odpowiednie władze nadzorcze i finansowe uznały za kapitał podstawowy pełną kwotę powyżej granicy 15 %. Według informacji Niemiec była to pierwsza transakcja tego typu. Strony umowy nie dysponowały na koniec 1998 r. porównywalnymi danymi odnośnie do zgodności marży za bezterminowość z sytuacją rynkową, ponieważ w czasie między „Deklaracją z Sydney” z dnia 28 października 1998 r. a dniem 1 grudnia 1998 r. nie mógł powstać przejrzysty rynek cichych udziałów.
- (177) Komisja zauważa wstępnie, że nie można zabronić publicznemu inwestorowi lub bankowi podejmowania pionierskich działań na rynku. Pionierowi należy wręcz przyznać większą uznaniowość przy ustalaniu warunków, niż ma to miejsce w przypadku odnośników już stosowanych na rynku, które wyznaczają miarodajne przedziały rynkowe, i przy pomocy których należy przeprowadzić test rynkowy. W każdym razie Komisja może zbadać, czy ustalenie marży za bezterminowość wynikało jednoznacznie z błędnego osądu, który na przykład opierał się na niewłaściwych założeniach.
- (178) Zastępczo należy więc użyć w badaniu dane rynkowe z późniejszego okresu. Zdaniem Komisji nie ma powodu zakładać, że dopłata za bezterminowość cichego udziału zmienia się znacznie w miarę upływu czasu. Istotnie, nie
- ⁽³¹⁾ Nie oznacza to automatycznie, że kraj związkowy związał się z bankiem Helaba „na wieczność” lub że już nigdy nie może dysponować środkami przeznaczonymi na cichy udział. Kraj związkowy może scedować prawa z cichego udziału – przynajmniej za zgodą banku Helaba – na osoby trzecie, otrzymując odpowiednie wynagrodzenie. Co oznacza, że wymiennosc cichego udziału nie konieczne została zredukowana do zera.

ma danych rynkowych odnośnie do wysokości marży za bezterminowość. Instrument bezterminowych obligacji (perpetuals), do których zalicza się także bezterminowy

cichy udział, stosowany jest na rynku dopiero od czasu Deklaracji z Sydney w październiku 1998 r., a przede wszystkim od 1999 r.

- (179) Z tego powodu Niemcy nie przedłożyły do (pomocniczo przeprowadzonego później) porównania rynkowego wyodrębnionych danych dotyczące wysokości odpowiedniej marży za bezterminowość, ale raczej ogólne, dostrzegalne na rynku ceny bezterminowych obligacji (perpetuals) lub cichych udziałów od 1999 r. (za bezterminowe uważa się na rynku również depozyty o czasie trwania 30 lat i dłużej). Dane te zostały zestawione w poniższych tabelach, przy czym bezterminowe obligacje (perpetuals) z roku 1999 ujęte w górnej tabeli zostały wymienione ponownie w celu zapewnienia ich kompletności:

Miarodajne porównywalne transakcje ⁽³²⁾

| Opis transakcji | Wartość | Czas trwania | Rating wypłacalności/produktów | Marża na wynagrodzenie p.a. (pkt. bazowe) | Stopa refinansowania i ew. korekta ⁽³³⁾ marży na wynagrodzenie przez odjęcie marży za refinansowanie | Wynagrodzenie gwarancyjne miarodajne dla celów porównawczych |
|---|-------------|----------------|---|--|---|--|
| Transza w USD, cichy udział wniesiony do Dresdner Bank w maju 1999 r. | 1 mld USD | 32 lata | Rating wypłacalności: Aa1/AA Rating produktów: Aa2; A+ | 215 pkt. bazowych | 30-letnie amerykańskie obligacje skarbowe (korekcyjne potrącenie 65 pkt. bazowych ⁽³⁴⁾) | 150 pkt. bazowych |
| Transza w euro, obligacje bezterminowe wniesione do Deutsche Bank w lipcu 1999 r. | 500 mln EUR | nieograniczony | Rating wypłacalności: Aa3/AA Rating produktów: A1 | Stała 6,6 % (odpowiada 115 pkt. bazowym) | Odpowiada 30-letnim obligacjom federalnym (korekcyjne potrącenie 20-40 pkt. bazowych) | 75-95 pkt. bazowych |
| Transza w USD, obligacje bezterminowe wniesione do Deutsche Bank w lipcu 1999 r. | 200 mln USD | nieograniczony | Rating wypłacalności: Aa3/AA Rating produktów: A1 | Stała 7,75 % (odpowiada 160 pkt. bazowym) | Odpowiada 30-letnim amerykańskim obligacjom skarbowym (korekcyjne potrącenie 65 pkt. bazowych) | 95 pkt. bazowych |
| Deutsche Bank z grudnia 2003 r. | 300 mln EUR | nieograniczony | Rating produktów: A2/A | Stała 6,15 % (odpowiada 99 pkt. bazowym ponad mid swaps) | Odpowiada mid swaps (bez korekty) | 99 pkt. bazowych |

⁽³²⁾ Patrz szczególnie uwagi Niemiec z dnia 9 kwietnia 2003 r., załączniki 2-4, 8-12, 17-18.

⁽³³⁾ Korekta w drodze potrącenia podjęta przez Komisję na podstawie danych przedstawionych przez Niemcy.

⁽³⁴⁾ Marża za refinansowanie w stosunku do amerykańskich obligacji skarbowych o takim samym czasie trwania, patrz uwagi Niemiec z dnia 9 kwietnia 2003 r., str. 27.

- (180) Nieliczne przytoczone dane porównawcze dla bezterminowych obligacji (perpetuals) nie powodują zmiany porównywalnego przedziału rynkowego w stosunku do cichych udziałów z określonym czasem trwania. Teoria ekonomii mówi, że inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi z pewnością żąda marży za bezterminowość w porównaniu z takim samym cichym udziałem o określonym czasie trwania, aby wyrównać dodatkowe ryzyko straty w związku z dłuższym zaangażowaniem. Z przedłożonych danych wynika w każdym razie, że na rynku bezterminowych obligacji (perpetuals) nie żąda się bynajmniej dużo wyższego wynagrodzenia gwarancyjnego niż za ciche udziały o określonym czasie trwania. Wniosek ten, którego w obliczu niewystarczającej liczby porównywalnych transakcji z pewnością nie można określić jako nie do podważenia, sprawia, że argumentacja Niemiec staje się bardziej spójna, że bezterminowość nie przekształca cichego udziału w instrument kapitałowy innego rodzaju, jak twierdzi BdB.
- (181) Niemcy przedłożyły rachunek porównawczy marży za bezterminowość dla bezterminowych transakcji w euro (perpetual) w Deutsche Bank w lipcu 1999 r. z terminowymi transakcjami Dresdner Bank w maju 1999 r.⁽³⁵⁾ Obligacje bezterminowe Deutsche Bank z lipca 1999 r. wykazują łączne wynagrodzenie w wysokości 6,6 % p.a. (patrz tabela powyżej). Dnia 1 lipca 1999 r. ogólny zysk z 10-letnich obligacji federalnych wynosił 4,66 % p.a., tak że marża na wynagrodzenie bazująca na tej stopie wynosiła 1,94 % p.a.⁽³⁶⁾ Wynagrodzenie transzy w euro 12-letniego cichego udziału Dresdner Bank z maja 1999 r. wynosiło 1,65 powyżej 10-letnich obligacji federalnych. Z tego wynika różnica 0,29 % p.a. Przewyższa to tylko nieznacznie uzgodnioną marżę w wysokości 0,20 % p.a. (0,23 % p.a. po uwzględnieniu efektu podatku od działalności gospodarczej). Różnica jest trochę większa również z tego powodu, że obligacje bezterminowe Deutsche Bank, ocenione przez Moody's na poziomie A1, otrzymały gorszy rating, niż cichy udział przyjęty przez Dresdner Bank, oceniony na Aa2, w związku z tym wymagały następnie wyższego wynagrodzenia.
- (182) Komisja uważa, że ten rachunek porównawczy jest spójny, zwłaszcza uwzględniając ograniczoną ilość danych za okres 1998/1999, co nie może świadczyć na niekorzyść kraju związkowego Hesja i banku Helaba. Wartość 0,29 %, wynikająca z rachunku porównawczego, jest tylko nieznacznie wyższa niż uzgodniona między krajem związkowym Hesja a bankiem Helaba marża za bezterminowość w miarodajnej wysokości 0,23 %. Ponadto przynajmniej część zwiększonej różnicy da się wyjaśnić różnicami w ocenie ratingowej produktów, które przy alternatywnym
- porównaniu terminowego cichego udziału banku Helaba z bezterminowym powinny być mniejsze w związku z tym, że chodzi o tego samego emitenta.
- (183) W związku z powyższym Komisja nie ma podstaw do stwierdzenia, że stopa porównawcza w wysokości 0,23 % p.a., miarodajna dla marży za bezterminowość, znajduje się poniżej przedziału rynkowego, i że mamy w związku z tym do czynienia ze sprzyjaniem bankowi Helaba, tzn. z pomocą państwa.
- (dd) Odpowiednie uwzględnienie wad płynności
- (184) Można uznać jak dotychczas zgodne argumenty Niemiec, banku Helaba oraz BdB odnośnie do wad 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. Aby bank mógł w pełni wykorzystać kapitał, tzn. rozszerzyć aktywa ważone 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 inne koszty banku (np. koszty administracyjne) daje zysk z kapitału własnego⁽³⁷⁾. Cichy udział kraju związkowego Hesja nie przysparza bankowi Helaba początkowo płynności – ponieważ przeniesiony majątek oraz wszystkie dochody funduszu są zgodnie z prawem zastrzeżone dla funduszu wspierającego budownictwo – zatem bank Helaba poniósł 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)⁽³⁸⁾. Z powodu dodatkowych kosztów, które nie powstałyby w przypadku wniesienia płynnego kapitału własnego, przy obliczaniu odpowiedniego wynagrodzenia konieczne jest właściwe potrącenie. Inwestor działający zgodnie z zasadami rynkowymi nie może oczekiwać, że otrzyma takie samo wynagrodzenie, jak za kapitał wniesiony w gotówce.

⁽³⁵⁾ Patrz uwagi Niemiec z dnia 9 kwietnia 2004 r., str. 28.

⁽³⁶⁾ Marża na wynagrodzenie za bezterminowe obligacje Deutsche Bank (uzgodnione wynagrodzenie stałe w wysokości 6,60 %) w wysokości 1,94 % p.a. jest naliczana na 10-letnie obligacje federalne po to, aby ją lepiej porównać z 12-letnim cichym udziałem Dresdner Bank (1,65 % powyżej 10-letnich obligacji federalnych) i otrzymać informację o wysokości marży za bezterminowość. W powyższej tabeli marża za wynagrodzenie tych samych obligacji bezterminowych wynosi 1,15 % p.a. od 30-letnich obligacji federalnych, ponieważ mają one taki sam czas trwania (rynek traktuje 30 lat jako „quasi-bezterminowo”). Marża na wynagrodzenie liczona od 30-letnich obligacji jest niższa, ponieważ przy normalnej krzywej oprocentowania, tak jak przedstawiono, obligacje o dłuższym (30 lat) czasie trwania mają wyższą rentowność niż te o krótszym czasie trwania (10 lat) i w związku z tym potrącenie od ustalonego wynagrodzenia stałego w wysokości 6,60 % p.a. jest większe.

(185) Inaczej niż BdB, a zgodnie ze zdaniem Niemiec i banku Helaba, Komisja uważa, że należy odjąć stopę refinansowania brutto. Koszty refinansowania są kosztami działalności i zmniejszają przychód do opodatkowania. To samo dotyczy jednak wynagrodzenia za cichy udział wniesiony

⁽³⁷⁾ W rzeczywistości sytuacja jest naturalnie bardziej skomplikowana, np. z powodu pozycji pozabilansowych, różnych wag ryzyka dla aktywów oraz pozycji z ryzykiem zerowym. Zasadnicze przemyslenia pozostają jednak niezmiennie.

⁽³⁸⁾ Sytuacja się nie zmienia, jeżeli uwzględnimy możliwość pozyskania kapitału uzupełniającego do wysokości kapitału podstawowego (współczynnik 25 zamiast 12,5 dla kapitału podstawowego).

od początku w płynnej formie. W porównaniu z tym, który, jak przedstawiono powyżej, pozwala na odpowiedni test rynkowy, nie powstaje żadna dodatkowa korzyść podatkowa. Wynik netto banku zmniejsza się w obu przypadkach o kwotę odsetek zapłaconych za płynność. W ten sposób całość kosztów refinansowania można zaliczyć w koszty.

(186) Ten stan rzeczy miarodajnie różni przypadek Helaba od przypadku WestLB oraz innych banków krajów związkowych, które również były przedmiotem procedury badania, ponieważ w tych ostatnich fundusze celowe zostały zaksięgowane w bilansie jako rezerwy, a całe wynagrodzenie jest traktowane jako zysk do podziału, a nie jako koszty działalności, i w związku z tym należy je zapłacić z zysku po opodatkowaniu. Inne banki odniosły więc korzyść podatkową, skoro koszty pozyskiwanej płynności można zaliczyć w koszty działalności i pomniejszyć o nie podatek, podczas gdy nie byłoby to możliwe w przypadku inwestycji gotówkowej z identycznymi pozostałymi parametrami, która stanowi tutaj skalę porównawczą.

(187) Z braku (dalszych) korzyści podatkowych bank Helaba musi zapłacić tylko wynagrodzenie za ryzyko, na które bank kraju związkowego Hesja naraża swój fundusz celowy wniesiony w postaci cichego udziału, tzn. wynagrodzenie gwarancyjne wyrażone w punktach bazowych powyżej miarodajnej stopy referencyjnej.

(2) *Obliczenie minimalnego wynagrodzenia za kapitał potrzebny do pokrycia działalności wspierającej oraz za kapitał, który w związku z tzw. modelem stopniowym nie mógł być od razu wykorzystany do pokrycia działalności komercyjnej*

(188) W decyzji WestLB z 1999 r. Komisja postanowiła, że od kwoty zaksięgowanej w bilans, która jednak nie mogła być wykorzystana na pokrycie działalności komercyjnej, należy zapłacić prowizję za awal w wysokości 0,5-0,6 % przed opodatkowaniem lub 0,3 % po opodatkowaniu. Prowizja za awal opiera się na stopie 0,3 % przed opodatkowaniem, którą Niemcy podały jako odpowiednią prowizję za awal dla takiego banku, jak WestLB na koniec 1999 r. Komisja podniosła tę stopę na 0,5 do 0,6 % przed opodatkowaniem (odpowiada 0,3 % po opodatkowaniu) z dwóch powodów. Po pierwsze kwestionowana kwota w przypadku WestLB w wysokości 3,4 mld DEM (1,74 mld EUR) przewyższała kwoty, które normalnie mogą być pokryte takimi gwarancjami bankowymi. Po drugie gwarancje bankowe są zwyczajowo połączone z określonymi transakcjami i mają określony czas trwania.

(189) Również w niniejszej procedurze badania w sprawie Helaba Komisja poprosiła Niemcy o podanie prowizji za awal, którą można przyjąć za rynkową dla takiego banku, jak Helaba. Niemcy nie spełniły tej prośby, lecz wyjaśniły, że awal wystawia się tylko na określone transakcje, i że nie ma takiego rynku, na podstawie którego można by podać wynagrodzenie za taki awal. Jeżeli Komisja będzie jednak chciała poznać wynagrodzenie pomimo tych zastrzeżeń, to zdaniem Niemiec można je obliczyć tylko indywidualnie, uwzględniając szczególne ryzyko, które podjął kraj związkowy, uwzględniając to podejście i kwoty różnic. Ponieważ zaplanowany wzrost aktywów ryzykownych o tylko [...] mln DEM rocznie przedstawia ostrożną politykę wzrostu w porównaniu z bankiem WestLB, to bardzo niskie prawdopodobieństwo skorzystania z corocznie zmniejszającej się

kwoty różnicy przez wierzycieli banku jest zdecydowanym argumentem za bardzo niskim wynagrodzeniem gwarancyjnym. Ponadto bank Helaba tylko częściowo pokrył stopniowe kwoty, za które należy zapłacić wynagrodzenie, i w przeciwieństwie do WestLB zawiązką osiągnął minimalne wskaźniki kapitału podstawowego wymagane w świetle przepisów nadzoru bankowego, tak że ryzyka działalności banku Helaba były pokryte w sposób bardziej niż wystarczający. Marża bezpieczeństwa wyklucza przeniesienie stawki wynagrodzenia podstawowego w wysokości 0,3 % p.a. przed opodatkowaniem, jak i marży na tę stawkę w wysokości 0,2 do 0,3 % p.a. przed opodatkowaniem z decyzji w sprawie WestLB (tam łącznie 0,3 % p.a. po opodatkowaniu) na przypadek banku Helaba.

(190) Z tego powodu Komisja czuje się zmuszona do samodzielnego ustalenia odpowiedniej prowizji za awal dla banku. Z powodu zasadniczej porównywalności banków WestLB i Helaba oraz z braku innych podstaw Komisja zakłada, że odpowiednią stopą bazową będzie 0,3 % p.a. przed opodatkowaniem, tak jak w przypadku WestLB. Zdaniem Komisji nie są konieczne marże na tę stopę. Po pierwsze kwota cichego udziału w przedziale od 50 do 100 mln EUR, która jest przewidziana na stałe pokrycie działalności wspierającej, jest znacznie mniejsza niż korespondująca kwota ok. 1,7 mld EUR w przypadku WestLB. Po drugie kwota, która zgodnie z modelem stopniowym nie mogła być wykorzystana do pokrycia działalności komercyjnej, wskutek modelu stopniowego jest ograniczona czasowo i zmniejszyła się do zera w 2003 r. Ten fakt pokazuje wyraźnie, że ryzyko kraju związkowego Hesja nie było wyższe niż w przypadku typowego dla rynku poręczenia na korzyść takiego banku, jak Helaba, i nie uzasadnia ono podwyższenia stopy bazowej w wysokości 0,3 % p.a. przed opodatkowaniem. Ponieważ wynagrodzenie za cały cichy udział można zaksięgować w koszty działalności i pomniejszyć podatek, co także w tym punkcie odróżnia je od podatkowej kwalifikacji wynagrodzenia w przypadku WestLB, Komisja ustala dla tej decyzji prowizję za awal jako stopę przed opodatkowaniem, którą można zaliczyć w koszty działalności w pełnej wysokości.

e) *Element pomocy*

(191) Jak przedstawiono powyżej, Komisja uważa za odpowiednie wynagrodzenie w wysokości 0,3 % p.a. przed opodatkowaniem za tę część kapitału, której bank Helaba nie mógł wykorzystać do pokrycia działalności komercyjnej, a która została ujęta w bilansie banku Helaba na dzień 31 grudnia 1998 r.

(192) Bank Helaba płaci wynagrodzenie w wysokości 1,4 % p.a. tylko od kwoty, która zgodnie z modelem stopniowym może stanowić rezerwę na ryzykowne aktywa, jednak nie od części cichego udziału ujętej w bilansie, ale nie wykorzystanej do pokrycia działalności komercyjnej.

- (193) Element pomocy można więc obliczyć jako wynik prowizji za awal w wysokości 0,3 % p.a. przed opodatkowaniem, którą Komisja uznała za zgodną z rynkową, oraz części cichego udziału ujętej w bilansie, ale nie wykorzystanej do pokrycia działalności komercyjnej, zgodnie z poniższym zestawieniem:

| Wartość na koniec roku w mln EUR | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 |
|---|---------|---------|---------|---------|---------|
| 1) Wartość nominalna w bilansie | 1 264,4 | 1 264,4 | 1 264,4 | 1 264,4 | 1 264,4 |
| 2) Kapitał podstawowy, który zgodnie z tzw. modelem stopniowym może być wykorzystany na pokrycie działalności komercyjnej | [...] | [...] | [...] | [...] | [...] |
| 3) Kapitał podstawowy wykorzystywany na działalność wspierającą | [...] | [...] | [...] | [...] | [...] |
| 4) Kapitał podstawowy, który może być wykorzystany na pokrycie działalności komercyjnej, ale nie jest wykorzystany ze względu na tzw. model stopniowy | [...] | [...] | [...] | [...] | [...] |
| 5) Różnica 1) i 2), odpowiada sumie 3) i 4) | [...] | [...] | [...] | [...] | [...] |
| 6) Potrącenie zabezpieczające w związku z przejściowo niższą wartością ujętą w bilansie na dzień 31.12.1998 r. (*) | [...] | [...] | [...] | [...] | [...] |
| 7) Baza kapitałowa, za którą należy zapłacić prowizję za awal w wysokości 0,3 % p.a. (przed opodatkowaniem) | [...] | [...] | [...] | [...] | [...] |
| 8) Wynagrodzenie do zapłaty, które można zaliczyć w koszty działalności, odpowiada wysokości pomocy (element pomocy) | 1,92 | 1,95 | 1,34 | 0,73 | 0,15 |

(*) Ad 6) Potrącenie zabezpieczające w związku z przejściowo niższą wartością ujętą w bilansie na dzień 31 grudnia 1998 r.: Zgodnie z informacjami Niemiec ⁽³⁹⁾ postępowanie nadzoru bankowego w celu uznania za kapitał podstawowy dnia 31.12.1998 r. nie było jeszcze zakończone, w związku z tym w bilansie ujęto najpierw kwotę 1 023 mln EUR (2 000 mln DEM). Wynikająca z wyceny wartość 1 264 mln EUR została zaksięgowana bezpośrednio po przeprowadzeniu wyceny i w związku z tym została ujęta w sprawozdaniu finansowym za rok 1999. W związku z tym procesem Komisja uważa za słuszne, aby od bazy kapitałowej, od której należy zapłacić wynagrodzenie w 1999 r., na korzyść banku Helaba odjąć potrącenie zabezpieczające. Wierzyciele banku Helaba oparli ocenę wypłacalności w 1999 r. na liczbach sprawozdania finansowego z 1998 r. zawierającego przejściowo niższą kwotę cichego udziału w wysokości 1 023 mln EUR. W związku z tym za rok 1999 należy zapłacić tylko wynagrodzenie za różnicę między tą kwotą a kapitałem podstawowym, który zgodnie z modelem stopniowym może być wykorzystany do pokrycia działalności komercyjnej, wraz z prowizją za awal w wysokości 0,3 % p.a. (przed opodatkowaniem), a więc [...] mln EUR. W następnych latach wartość z bilansu roku poprzedniego odpowiada wartości cichego udziału w bilansie roku bieżącego.

⁽³⁹⁾ Patrz odpowiedź Niemiec z dnia 23 sierpnia 2004 r., str. 6-7.

f) **Wynik tymczasowy**

- (194) Komisja doszła więc do wniosku, że zaistniała sytuacja sprzyjania bankowi Helaba w ten sposób, że nie zapłacił on odpowiedniego wynagrodzenia gwarancyjnego za tę część kapitału udostępnionego przez kraj związkowy Hesja w formie cichego udziału, która była potrzebna do pokrycia działalności wspierającej oraz za tę część, która w związku z modelem stopniowym nie mogła być od razu wykorzystana do pokrycia działalności komercyjnej. Komisja uważa wynagrodzenie gwarancyjne w wysokości 0,3 % p.a. (przed opodatkowaniem) za odpowiednie. Od chwili, w której kapitał mógł być wykorzystany do pokrycia działalności komercyjnej, zapłacono uzgodnione, odpowiednie wynagrodzenie za cichy udział w wysokości 1,43 % p.a. (z uwzględnieniem podatku od działalności gospodarczej). Nie mamy więc do czynienia z uprzywilejowaniem banku.

1.3. ZAKŁÓCENIE KONKURENCJI ORAZ NARUSZENIE
HANDLU MIĘDZY PAŃSTWAMI CZŁONKOWSKIMI

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

- (196) Bank Helaba, który uzyskał pomoc, prowadzi działalność bankową zarówno regionalnie, jak i w skali międzynarodowej. Bank Helaba jest uniwersalnym bankiem komercyjnym, bankiem centralnym dla kas oszczędnościowych oraz bankiem publiczno-komunalnym. Pomimo nazwy, tradycji oraz zadań uregulowanych ustawowo, bank Helaba w żadnym razie nie jest bankiem lokalnym lub regionalnym.

- (197) To pokazuje wyraźnie, że bank Helaba świadczy usługi bankowe, konkurując z innymi bankami europejskimi poza Niemcami oraz na terenie Niemiec, ponieważ banki z innych państw europejskich prowadzą swoją działalność w Niemczech. Z uwagi na taką sytuację stwierdzono, że pomoc udzielana bankowi Helaba zakłóca konkurencję oraz wpływa negatywnie na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.

1.4. WYNIK

- (198) Ponieważ bank Helaba nie zapłacił odpowiedniego wynagrodzenia gwarancyjnego za tę część udostępnionego kapitału, która była potrzebna do pokrycia działalności wspierającej oraz za tę część, która w związku z modelem stopniowym nie mogła być od razu wykorzystana do pokrycia działalności komercyjnej, zostały spełnione wszystkie przesłanki pomocy państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE. W odniesieniu do tej części kapitału, która mogła być wykorzystana do pokrycia działalności komercyjnej, można uznać wynagrodzenie w wysokości 1,43 % p.a. (z uwzględnieniem podatku od działalności

gospodarczej) zapłacone od tej kwoty za jeszcze zgodne z wynagrodzeniem rynkowym. W związku z tym nie mamy do czynienia z sytuacją sprzyjania i z pomocą państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE na rzecz banku Helaba.

2. ZGODNOŚĆ ZE WSPÓLNYM RYNKIEM

- (199) Jeżeli wniesienie cichego udziału stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE, należy zbadać, czy pomoc ta może być uznana za zgodną ze wspólnym rynkiem.

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

- (201) 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.

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

- (203) Zgodnie z art. 87 ust. 3 lit. c) Traktatu WE za zgodną ze wspólnym rynkiem może zostać uznana pomoc państwa przeznaczona na sprzyjanie rozwojowi niektórych regionów gospodarczych. Zasadniczo powyższe może także dotyczyć pomocy na restrukturyzację w sektorze bankowym. W omawianym przypadku jednakże brak przesłanek koniecznych do zastosowania powyższych odstępstw. Banku Helaba nie można uznać za przedsiębiorstwo przeżywające trudności, które musi otrzymać pomoc państwa dla odzyskania rentowności.

- (204) 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”⁽⁴⁰⁾. Tutaj nie zostały jednak spełnione przesłanki formalne: nie zostały ustalone ani zadania, które bank Helaba miałby wykonywać w ramach świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, ani koszty tej działalności. W związku z tym jest jasne, że przeniesienie majątku nie ma żadnego związku z jakimikolwiek usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym. Dlatego w omawianym przypadku nie ma zastosowania także to odstępstwo.

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

3. BRAK POMOCY

- (206) Przeciwnie do twierdzenia Niemiec w innych procedurach w sprawie banków krajów związkowych, nie można powiedzieć, że wniesiony kapitał mieści się w istniejącym systemie pomocy poręczeń państwowych Anstaltslast i Gewährträgerhaftung, lecz należy go postrzegać jako nową pomoc.

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

- (208) Po drugie nie zachodzi stan konieczności zapewnienia bankowi płynności (Anstaltslast). Poręczenie państwowe Anstaltslast zobowiązuje udziałowca (Anstaltsträger), czyli Związek Kas Oszczędnościowych i Żyrowych Hesji i Turynii, do zapewnienia bankowi Helaba środków koniecznych do prowadzenia działalności, jeżeli zdecyduje on, że bank ma kontynuować działalność. Jednak w momencie wniesienia kapitału bank Helaba w żadnym wypadku nie był w sytuacji, w której prowadzenie prawidłowej działalności nie byłoby możliwe na przykład z braku wystarczających środków. Wniesiony kapitał nie był więc konieczny do zapewnienia prawidłowej działalności banku kraju związkowego. Dzięki niemu bank krajowy mógł raczej, uwzględniając świadomą kalkulację ekonomiczną przeprowadzoną przez kraj związkowy jako (współ-)właściciela, także w przyszłości korzystać z szans pojawiających się na rynku w ramach gry konkurencyjnej. Do takiej normalnej, ekonomicznej decyzji kraju związkowego jako (współ-)właściciela nie ma zastosowania

„szczególna regulacja” poręczenia państwowego Anstaltslast. Z braku innych reguł pomocy państwa, które można by zastosować zgodnie z art. 87 ust. 1, art. 88 ust. 1 Traktatu WE, wniesienie kapitału należy uznać za nową pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1, art. 88 ust. 3 Traktatu WE i odpowiednio zbadać.

VII. WNIOSEK

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

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

1. Rezygnacja z odpowiedniego wynagrodzenia w wysokości 0,3 % p.a. (przed opodatkowaniem) za tę część kapitału przekazanego przez kraj związkowy Hesja na rzecz Banku Krajowego Hesji i Turynii/Centrali Żyrowej, którą bank mógł wykorzystać jako gwarancję od 31 grudnia 1998 r., stanowi pomoc państwa niezgodną ze wspólnym rynkiem.

2. Pomoc państwa wymieniona w ust. 1 wynosi w okresie od dnia 31 grudnia 1998 r. do dnia 31. grudnia 2003 r. 6,09 mln EUR.

Artykuł 2

1. Niemcy zniosą pomoc państwa wymienioną w art. 1 ust. 1 najpóźniej do dnia 31. grudnia 2004 r.

2. Niemcy podejmą wszystkie konieczne działania, aby odzyskać od beneficjenta pomoc wymienioną w art. 1 ust. 1, a przyznaną bezprawnie. Windykowana kwota obejmuje:

a) kwotę wymienioną w art. 1 ust. 2 za okres od dnia 31 grudnia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2003 r.;

b) kwotę obliczoną przy zastosowaniu metody wymienionej w art. 1 ust. 1 za okres od dnia 1 stycznia 2004 r. do chwili zniesienia pomocy.

Artykuł 3

Windykacja pomocy nastąpi niezwłocznie według postępowania krajowego, jeśli możliwe będzie natychmiastowe i rzeczywiste wykonanie niniejszej decyzji.

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

⁽⁴⁰⁾ Powyższe sprawozdanie przedłożono Radzie ds. Gospodarki i Finansów w dniu 23 listopada 1998 roku, ale nie zostało ono opublikowane. Powyższe sprawozdanie można otrzymać w Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji, oraz przeczytać na stronie internetowej Komisji.

Odsetki zostaną obliczone zgodnie z postanowieniami rozdziału V rozporządzenia Komisji (WE) nr 794/2004 ⁽⁴¹⁾.

Artykuł 5

Decyzja jest skierowana do Republiki Federalnej Niemiec.

Artykuł 4

Bruksela, dnia 20 października 2004.

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

W imieniu Komisji

Neelie KROES

Członek Komisji

⁽⁴¹⁾ Dz.U. L 140 z 30.4.2004, str. 1.