РЕШЕНИЕ (ЕС) 2025/906 НА КОМИСИЯТА

от 22 ноември 2024 година

относно държавна помощ SA.48580 (2017/C), приведена в действие от Германия в полза на WestSpiel

(нотифицирано под номер C(2024) 8105)

(само текстът на немски език е автентичен)

(текст от значение за ЕИП)

ЕВРОПЕЙСКАТА КОМИСИЯ,

като взе предвид Договора за функционирането на Европейския съюз, и по-специално член 108, параграф 2, първа алинея от него,

като взе предвид Споразумението за Европейското икономическо пространство, и по-специално член 62, параграф 1, буква а) от него,

като прикани заинтересованите страни да представят мненията си ([1]) и като взе предвид техните мнения,

като има предвид, че:

1. ПРОЦЕДУРА

(1) С писмо от 20 юни 2017 г. Комисията получи две жалби, подадени от асоциацията на залите за хазартни игри (*Fachverband Spielhallen e.V.*, или FSH) и друг жалбоподател (наричани заедно „жалбоподателите“), отнасящи се до предполагаемата държавна помощ, предоставена на Westdeutsche Spielbanken GmbH & Co. KG (WestSpiel) от провинция Северен Рейн-Вестфалия (наричана по-нататък *Северен Рейн-Вестфалия*, или „СРВ“).

(2) Жалбите бяха регистрирани поотделно под номера SA.48580 и SA.48842. На 16 април 2018 г. Комисията обедини двете преписки под номер на дело SA.48580.

(3) На 2 август 2018 г. Комисията предаде на Германия неповерителната версия на жалбите и изиска допълнителна информация. След като поиска и получи удължаване на срока за отговор, с писмо от 2 октомври 2018 г. Германия представи становището си по жалбите и отговори на искането за информация.

(4) На 6 февруари 2019 г. Комисията поиска допълнителни документи от Германия, които бяха предоставени от нея на 22 февруари 2019 г. На 12 юни 2019 г. Комисията изпрати на жалбоподателите неповерителната версия на изложението на Германия от 2 октомври 2018 г., като ги прикани да изложат становищата си по отношение на представените от Германия доводи. На 8 август 2019 г. жалбоподателите представиха своите становища в отговор на доводите на Германия, като поддържаха жалбите си.

(5) На 8 октомври 2019 г. Комисията поиска допълнителни документи от Германия, които бяха предоставени на 24 октомври 2019 г.

(6) С писмо от 9 октомври 2019 г. жалбоподателите официално поискаха от Комисията да приеме решение по въпроса в съответствие с член 265, параграф 2 от Договора за функционирането на Европейския съюз („ДФЕС“).

(7) С писмо от 9 декември 2019 г. Комисията уведоми Германия за решението си да започне официалната процедура по разследване по член 108, параграф 2 ДФЕС (наричано по-нататък „решението за откриване на процедурата“). С писмо по електронна поща от 15 януари 2020 г. Германия потвърди, че решението за откриване на процедурата не съдържа поверителна информация.

([1]) ОВ C 59, 21.2.2020 г., стр. 14.

(8) Решението на Комисията за откриване на процедурата беше публикувано в *Официален вестник на Европейския съюз* ([2]). Комисията прикани заинтересованите страни да представят мненията си относно предполагаемата помощ/мярка.

(9) На 27 януари 2020 г. Комисията препрати на Германия представеното от жалбоподателите изложение от 8 август 2019 г.

(10) На 2 март 2020 г. Германия представи мнения по решението за откриване на процедурата и по изложението на жалбоподателите от 8 август 2019 г. След конферентен разговор между Комисията и Германия, проведен по телефона на 3 юни 2020 г., на 17 юни 2020 г. Германия представи допълнителни писмени мнения, в които обоснова своята позиция. В срока, определен в решението за откриване на процедурата, не бяха представени мнения от трети страни.

(11) Жалбоподателите представиха становища на 6 август 2020 г., а Германия предостави мнения по тези становища на 1 октомври 2020 г.

(12) На 18 декември 2020 г. Германия представи на Комисията актуализирани данни относно приватизацията на WestSpiel. На 2 февруари 2021 г. Германия представи допълнителни актуализирани данни относно същия процес на приватизация. На 10 февруари 2021 г. Германия представи на Комисията примерен график, в който разкрива планираните си стъпки за завършване на процеса на приватизация на WestSpiel.

(13) На 11 февруари 2021 г. Комисията изпрати искане за информация, на което Германия отговори на 25 и 26 февруари 2021 г.

(14) На 16 март 2021 г. WestSpiel представи становища по делото и актуална информация относно процеса на продажба на WestSpiel. На 24 март 2021 г. Комисията проведе телефонен разговор с Германия.

(15) На 20 юли и 8 септември 2021 г. Германия предостави на Комисията допълнителна информация.

(16) На 14 март 2022 г. Комисията изпрати искане за допълнителна информация, на което Германия отговори на 4 април 2022 г. На 11 юли 2022 г. Комисията изпрати ново искане за информация, на което Германия отговори на 18 юли 2022 г.

(17) На 12 май 2023 г. Комисията изпрати искане за допълнителна информация, на което Германия отговори на 14 юли 2023 г.

2. ПОДРОБНО ОПИСАНИЕ НА ПОМОЩТА

2.1. Правен контекст към момента на предоставяне на предполагаемите мерки

(18) Предмет на настоящото дело е финансовата подкрепа, която WestSpiel е получило от държавата през периода 2009—2015 г. чрез мерките, описани по-долу в раздел 2.3.

(19) Когато предполагаемите мерки са били предоставени, т.е. в периода между 2009 г. и 2015 г. — за покриване на годишните загуби, и през 2015 г. — за вливането на капитал, в рамките на германската правна система се разграничават два вида хазартни игри.

(20) От една страна, някои игрални автомати е можело да се експлоатират свободно от специализирани зали за хазартни игри или от ресторанти, при условие че се спазват правилата на наредбата за хазарта (*Spielverordnung*). В съответствие с регионалните разпоредби за залите за хазартни игри (*Spielhallengesetze der Bundesländer*) е необходима лицензия за експлоатация на търговски (частни) зали за хазартни игри (*gewerbliche Spielhallen*).

([2]) Решение на Комисията от 9 декември 2019 г. относно държавна помощ SA.48580 (2017/FC) — *Предполагаема помощ за WestSpiel* (ОВ C 59, 21.2.2020 г., стр. 14).

(21) От друга страна, игрите на живо или игрите в казина (Блек Джек, рулетка и др.) (т.е. т.нар. *großes Spiel*) и други игри с игрални автомати са се смятали за твърде рискови; поради това предлагането на такива игри принципно е било забранено. Чрез дерогация от това правило германските провинции (*Länder*) са разполагали с правомощия да разрешават на определени (предимно публични) оператори (*Spielbankunternehmen*) да предлагат такива игри чрез лицензии, издадени на регионално равнище, въз основа на условията, определени в разпоредбите на съответните закони за хазарта (*Spielbankgesetze*).

(22) Целите на SpielbG NRW ([3]) са определени в член 1 от SpielbG NRW. По-специално, регулаторната цел е била да се предотврати пристрастяването към хазартните игри и залаганията, да се насочи естествената склонност към хазартни игри на населението към регламентирани и контролирани пътища, да се осигури защита на играчите и младежите и да се гарантират правилното поведение на операторите и организираното и прозрачно провеждане на хазартните игри.

(23) В съответствие с член 2, параграф 2 от SpielbG NRW в провинция СРВ могат да бъдат разрешени до пет обществени казина. За разлика от ситуацията в други провинции преди продажбата на WestSpiel в SpielbG NRW не е била предвидена възможност за предоставяне на лицензии и на частни оператори. С оглед на изискванията, посочени в член 2, параграф 1 и член 3, параграф 1 от SpielbG NRW, WestSpiel де факто е единственият лицензополучател за казина в провинция СРВ, като през 2019 г. управлява четири казина в Аахен, Бад Ойнхаузен, Дортмунд (Хоензибург) и Дуисбург. От 1975 г. WestSpiel притежава така наречената „рамкова лицензия“.

2.2. **Бенефициерът**

(24) Дружеството WestSpiel е оператор на казина, осъществяващ дейност в провинция СРВ. До сливането на 13 януари 2021 г. на WestSpiel с дружеството с ограничена отговорност Westdeutsche Spielbanken GmbH (WestSpiel GmbH) ([4]) (вж. съображение 29) единственият съдружник с ограничена отговорност (*Kommanditistin*) на WestSpiel е NRW.BANK, а WestSpiel GmbH е съдружник с неограничена отговорност, или главен партньор (*Komplementärin*), във WestSpiel.

(25) На 26 ноември 2015 г. провинция СРВ и NRW.BANK сключват споразумение за доверително управление („споразумението за доверително управление“), съгласно което:

— след сключването между NRW.BANK и WestSpiel на споразумение за дружество със съучастие провинция СРВ се ангажира да предостави на NRW.BANK сума в размер на 64,8 милиона евро; и

— NRW.BANK се ангажира да приеме тези доверителни средства, за да ги използва изключително за създаване от свое име, но за сметка на провинция СРВ, на дружество със съучастие с WestSpiel съгласно член 230 и следващите от германския търговски закон (*Handelsgesetzbuch, HGB*) в съответствие със споразумението за дружество със съучастие и, в този контекст, да направи вноска в размер на 64,8 милиона евро („скрита вноска“) във WestSpiel.

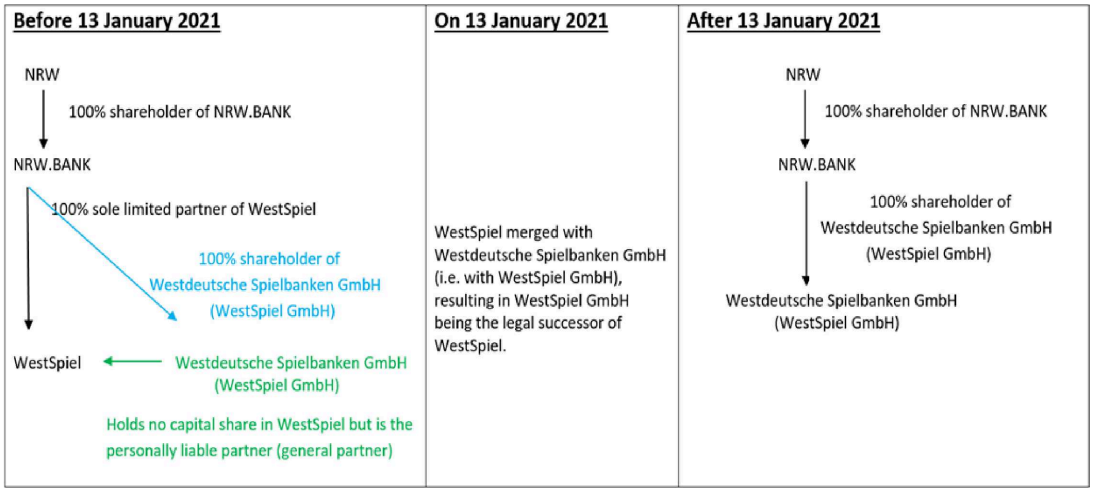
(26) На 1 декември 2015 г. между NRW.BANK и WestSpiel е сключено споразумение за дружество със съучастие. В него се съдържа задължението на NRW.BANK да предостави на WestSpiel скритата вноска в размер на 64,8 милиона евро след вливането на средствата в NRW.BANK в качеството ѝ на доверителен собственик. След сключването между NRW.BANK и WestSpiel на споразумението за дружество със съучастие и получаването на средствата от NRW.BANK NRW.BANK внася средствата в размер на 64,8 милиона евро във WestSpiel. Тази скрита вноска в размер на 64,8 милиона евро (която е трябвало да бъде осчетоводена в отделна сметка за скрити вноски) е отразена в собствения капитал на WestSpiel заедно с вноската на NRW.BANK в качеството ѝ на съдружник с ограничена отговорност във WestSpiel.

([3]) В провинция СРВ хазартните дейности, предлагани в казина, са предмет на Закона за хазарта на провинция СРВ (Gesetz über die Zulassung öffentlicher Spielbanken im Land Nordrhein-Westfalen, *Spielbankgesetz NRW*, или SpielbG NRW). След предоставянето на мерките SpielbG NRW е изменен с член 35, раздел 2 от закона от 29 май 2020 г.; GV. NRW. Ausgabe 2020 Nr. 19 vom 2.6.2020 Seite 357 bis 380 | RECHT.NRW.DE.

([4]) WestSpiel GmbH не е направило никаква вноска в капитала на WestSpiel и поради това не е притежавало никакъв дял от капитала. В качеството си на главен партньор (без дялова вноска) WestSpiel GmbH отговаря за управлението на дейността на WestSpiel. Освен това WestSpiel GmbH е главен партньор в Casino Duisburg GmbH & Co. KG, бившето 100 % дъщерно дружество на WestSpiel, без никакво дялово участие, и като такъв отговаря и за управлението на дейността на Casino Duisburg GmbH & Co. KG. WestSpiel GmbH не се занимава с каквато и да е оперативна дейност.

(27) На 4 януари 2021 г. NRW.BANK, WestSpiel и — с оглед на сливането между WestSpiel и WestSpiel GmbH — WestSpiel GmbH сключват споразумение за прекратяване на юридическо лице, съгласно което дружеството със съучастие между NRW.BANK и WestSpiel е прекратено, считано от 8 януари 2021 г., и впоследствие ликвидирано. Оставащата част от скритата вноска в размер (след отчитане на загубите) на приблизително 46,5 милиона евро (точно 46 516 909,42 EUR) е изплатена обратно на провинция СРВ.

(28) WestSpiel запазва правната си форма на командитно дружество (*Kommanditgesellschaft*) до 13 януари 2021 г. Единственият съдружник с ограничена отговорност на WestSpiel е NRW.BANK, а съдружник с неограничена отговорност, или главен партньор, е WestSpiel GmbH, както е описано по-горе. NRW.BANK, която е изцяло собственост на провинция СРВ, е и единственият акционер на WestSpiel GmbH. След 13 януари 2021 г. с дялово участие от 35,5 милиона евро, което съответства на задължителната вноска (*Hafteinlage*), NRW.BANK притежава 100 % от акциите на WestSpiel (член 3 от устава на WestSpiel от 1 декември 2007 г., в най-новата му редакция).



(29) В контекста на по-широката реорганизация на групата WestSpiel, която е била извършена по-специално с цел да се подкрепи и улесни (планираната) продажба на групата, на 22 декември 2020 г. WestSpiel GmbH и WestSpiel сключват нотариално заверено споразумение за сливане, съгласно което — въз основа на финансовите отчети на WestSpiel към 31 декември 2019 г. — WestSpiel прехвърля всички свои активи на WestSpiel GmbH, считано от 1 януари 2020 г., в съответствие с германското дружествено право. След регистрацията на това сливане в търговския регистър, в чиято компетентност попада дружеството, на 13 януари 2021 г. сливането придобива правна сила, в резултат на което WestSpiel GmbH става правоприемник на WestSpiel.

(30) През септември 2021 г., след процедура за възлагане на обществена поръчка ([5]), WestSpiel е продадено на Gauselmann Group ([6]) ([7]). Според публично достъпна информация ([8]) след продажбата дейностите на WestSpiel в четирите казина в Аахен, Бад Ойнхаузен, Дортмунд (Хоензибург) и Дуисбург вече се управляват под наименованието Merkur Spielbanken NRW GmbH ([9]).

([5]) https://igamingbusiness.com/nordrhein-westfalen-launches-westspiel-privatisation-tender/.

([6]) Според изложението на Германия от 4 април 2022 г. продажбата на WestSpiel е представлявала сделка с дялове, а не сделка с активи. Дяловете на WestSpiel са били продадени на Gauselmann Group на цена от 141,8 милиона евро. Освен това Германия уточни, че споразумението за покупко-продажба на дялове предвижда потенциално (бъдещо) намаляване на покупната цена с размера на всяка евентуална възстановена държавна помощ, до максимум 30 милиона евро, които да бъдат изплатени на WestSpiel в случай на правно обвързващо възстановяване на държавна помощ; тези условия са били предварително обявени и предложени по еднакъв начин на всички участници в търга, заинтересовани от закупуването на дяловете на WestSpiel.

([7]) Понятието WestSpiel, определено в съображение 1 по-горе, се отнася и за слятото дружество, което след това бива продадено.

([8]) https://www.waz.de/wirtschaft/gauselmann-gruppe-uebernimmt-westspiel-casinos-in-nrw-id232845809.html.

([9]) Вж. данните за правното образуване в търговския регистър, в чиято компетентност попада то (Registerportal (портал на търговския регистър) | Homepage (начална страница)).

(31) В отговора си от 4 април 2022 г. Германия обяснява, че юридическата правосубектност на WestSpiel не се е променила след продажбата му: дейността на дружеството ще продължи за негова сметка в рамките на същото юридическо лице. Само наименованието на дружеството е променено на Merkur Spielbanken NRW GmbH, като номерът в търговския регистър (Duisburg HRB 19356) остава непроменен.

(32) Контекстът на положението на WestSpiel в качеството му на данъчнозадължено лице и от гледна точка на правната му форма — по времето, когато са били предоставени предполагаемите мерки — е от особено значение за настоящото дело ([10]). WestSpiel подлежи на обичайния германски данъчен режим (корпоративен данък, търговски данък) по отношение на приходите, реализирани от дейности, които не са свързани с хазартни игри (например ресторантьорство). Що се отнася до хазартните дейности, WestSpiel подлежи на специален данъчен режим (членове 12 и 13 от SpielbG NRW (стара редакция) ([11]). Данъците се начисляват главно върху брутните приходи от хазартни дейности (БПХД), а не върху печалбата. WestSpiel подлежи на данъчно облагане със ставка в размер на 30 % от брутните приходи от хазартни дейности на своите казина (увеличена с допълнителни 10 процентни пункта в случаите, когато годишните брутни приходи от хазартни дейности на казиното надхвърлят 15 милиона евро) съгласно член 12 от SpielbG NRW (стара редакция). Съгласно член 13 от SpielbG NRW (стара редакция) WestSpiel е подлежало на облагане с още 15 % данък върху брутните приходи от хазартни дейности, наричани „допълнителни постъпления“ (*Zusätzliche Leistungen*). В съответствие с член 12 от SpielbG NRW (стара редакция) събираният данък е предназначен за финансиране на дейности от общ интерес.

(33) В допълнение към тези данъци върху брутните приходи от хазартни дейности в член 14 от SpielbG NRW (стара редакция) се изисква WestSpiel да прехвърля 75 % (а в някои случаи повече) от печалбата си на провинция СРВ посредством механизъм за използване на печалбата. За разлика от данъчното облагане на брутните приходи от хазартни дейности съгласно членове 12 и 13 от SpielbG NRW (стара редакция) механизмът за използване на печалбата се прилага за цялостната дейност на дружеството (т.е. не се ограничава до печалбите, реализирани от хазартни дейности). По-конкретно той се прилага за продажбата на произведенията на изкуството, извършена през 2014 г.

2.3. **Предполагаемите мерки**

(34) Според жалбоподателите WestSpiel е получило неправомерна и несъвместима държавна помощ в рамките на следните три мерки:

а) предполагаемо покриване на годишните загуби от неговия акционер NRW.BANK от 2009 г. нататък;

б) предполагаемо предоставяне на лицензия за експлоатация на пето казино в Кьолн;

в) предполагаемо вливане на капитал в размер на 64,8 милиона евро през 2015 г.

(35) В решението за откриване на процедурата Комисията започна официална процедура само за мерките, посочени в букви а) и в) по-горе. Тя взе решение без повдигане на възражения по отношение на мярка б) по-горе, тъй като предполагаемото предоставяне на лицензия на WestSpiel за експлоатация на пето казино в Кьолн не представлява помощ (вж. съображение 97 и заключението в решението за откриване на процедурата). В резултат на това тази мярка не попада в обхвата на настоящото решение, което се занимава само с мерките по букви а) и в) по-горе.

2.3.1. *Покриване на годишните загуби*

(36) Жалбоподателите твърдят, че от 2009 г. до 2015 г. WestSpiel е получавало годишни компенсационни плащания за загуби от единствения си съдружник с ограничена отговорност, NRW.BANK.

([10]) Въпросът дали диференцираното данъчно третиране на WestSpiel само по себе си включва неправомерна държавна помощ е предмет на Решение C(2019) 8819 final на Комисията от 9 декември 2019 г. относно държавна помощ SA.44944 (2019/C) (ex 2019/FC) и SA.53552 (2019/C) (ex 2019/FC) — Данъчно третиране на операторите на публични казина в Германия и предполагаема гаранция за операторите на публични казина в Германия (ОВ C 187, 5.6.2020 г., стр. 80). Решението е обжалвано с дело T-510/20; Общият съд отхвърля жалбата с определение от 22 октомври 2021 г., *Fachverband Spielhallen и LM/Комисия*, T-510/20, ECLI:EU:T:2021:745. Определението на Общия съд е обжалвано с дело C-831/21 P.

([11]) Това е редакцията на SpielbG NRW от 13 ноември 2012 г. (GV. NRW. S. 524, 530; SpielbG NRW 2012,NW - Spielbankgesetz NRW - Gesetze des Bundes und der Länder (lexsoft.de)) преди изменението с член 35, раздел 2 от закона от 29 май 2020 г.

(37) Въпреки че в периода 2005—2008 г. WestSpiel все още е било в състояние да реализира печалби, дружеството не успява да продължи да го прави през следващите години. Като цяло в периода 2009—2015 г. WestSpiel реализира годишни брутни приходи от хазартни дейности от порядъка на приблизително 79,6—101,1 милиона евро. В резултат на данъчното облагане на брутните приходи от хазартни дейности съгласно членове 12 и 13 от SpielbG NRW (стара редакция) в периода 2009—2013 г. и през 2015 г. WestSpiel генерира общи загуби в размер на приблизително 3,5—9 милиона евро ([12]). За разлика от това продажбата на две произведения на изкуството от страна на WestSpiel довежда до извънредни приходи през 2014 г. в размер на приблизително 114,4 милиона евро, поради което през тази година WestSpiel реализира обща печалба от около 86,4 милиона евро.

(38) Годишните резултати на WestSpiel (т.е. оставащата печалба след прилагането през 2014 г. на механизма за използване на печалбата и след загубите за всички други години в периода 2009—2015 г.) са били кредитирани/дебитирани по капиталовата сметка на NRW.BANK. В резултат на това капиталовата сметка на NRW.BANK за участието във WestSpiel на неговия единствен партньор с ограничена отговорност е оценена на приблизително 27,6 милиона евро през 2009 г., но на едва 12,5 милиона евро през 2015 г. ([13]).

(39) Жалбоподателите считат, че между 2009 г. и 2015 г. WestSpiel би следвало да е получило покриване на загуби в размер на около 63,6 милиона евро, както е видно от годишните му отчети.

(40) В изложението си от 8 август 2019 г. жалбоподателите изразяват мнението, че поради корпоративната структура на WestSpiel NRW.BANK (в качеството си на единствен съдружник с ограничена отговорност във WestSpiel) би понесла приблизително 24,8 милиона евро от загубите, генерирани в периода 2009—2017 г., докато провинция СРВ (в ролята си на доверителен собственик зад дружеството със съучастие между NRW.BANK и WestSpiel, съгласно споразумението за доверително управление и споразумението за дружество със съучастие, сключени през 2015 г., както е описано по-подробно в раздел 2.3.2 по-долу) би понесла приблизително 9,1 милиона евро от загубите през същия период. В този контекст жалбоподателите посочват, че WestSpiel би било счетено за публично предприятие съгласно Директива 2006/111/ЕО ([14]) на Комисията и че използването на ресурсите, които са му предоставени (т.е. неговия капитал), но са под постоянния контрол на държавата, биха били квалифицирани като държавни ресурси.

(41) Освен това жалбоподателите са на мнение, че най-вероятно WestSpiel не би било в състояние да понесе собствените си загуби през изминалите години в отсъствието на вливането на капитал в размер на 64,8 милиона евро — положение, при което един разумен частен инвеститор не би продължил да поема годишните загуби, генерирани от WestSpiel (както са направили провинция СРВ и NRW.BANK). Накрая жалбоподателите изтъкват, че твърдението на Германия, че отрицателните годишни резултати на WestSpiel биха могли да се отдадат главно на високата данъчна тежест, е неправилно. В частност жалбоподателите считат, че през годините данъчната тежест за WestSpiel постоянно е намалявала, докато през разглеждания период от 2005 г. до 2015 г. съотношението на разходите преди данъчно облагане е нараствало. Според жалбоподателите от това следва, че загубите на WestSpiel не са били и не са причинени от високата данъчна тежест, а се дължат на изключително високите съотношения на разходите. И накрая, сумите, покрити от (частичната) ликвидация на рисковия фонд (вж. бележка под линия 12), не могат да бъдат приспаднати от загубите на WestSpiel (както твърди Германия), тъй като не е ясно кои рискове е трябвало да бъдат покривани от този фонд.

(42) Според жалбоподателите покриването на годишните загуби от страна на NRW.BANK е финансирано с държавни средства и може да бъде вменено на държавата, като се има предвид, че NRW.BANK е изцяло собственост на провинция СРВ и че членове на правителството са членове на нейния управителен съвет и участват във вземането на решения за покриване на годишните загуби. Жалбоподателите са на мнение, че съгласно съдебната практика не е необходимо да се установява във всеки случай, че е налице прехвърляне на държавни ресурси. За да може въпросната мярка да попада в обхвата на член 107, параграф 1 от ДФЕС, е достатъчно ресурси да са предоставени на разположение на публично предприятие.

([12]) В тези цифри не се отчитат компенсациите на загубите, постигнати чрез (частичната) ликвидация на рисковия фонд в полза на WestSpiel, създаден за покриване на неподлежащи на застраховане общи и специални рискове, свързани с хазарта. Създаването на фонда се основава на рамковата лицензия, издавана от Министерството на вътрешните работи и общинските въпроси на провинция СРВ за експлоатация на казина в провинция СРВ, както и на устава на WestSpiel. Съгласно устава на дружеството WestSpiel е трябвало само да създаде рисковия фонд. В счетоводния баланс рисковият фонд представлява специална статия в пасива, разположена между собствения капитал и резервите.

([13]) В цифрите са отчетени компенсациите на загубите, постигнати чрез (частичната) ликвидация на рисковия фонд, както и дебитирането на загубите от непрякото дялово участие на NRW.BANK през 2015 г.

([14]) Директива 2006/111/ЕО на Комисията от 16 ноември 2006 г. относно прозрачността на финансовите отношения между държавите членки и публичните предприятия, както и относно финансовата прозрачност в рамките на някои предприятия (ОВ L 318, 17.11.2006 г., стр. 17, ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/2006/111/oj).

(43) Тъй като NRW.BANK покрива загубите само на WestSpiel, но не и на други предприятия, жалбоподателите считат, че с покриването на годишните загуби на WestSpiel се предоставя избирателно предимство. Що се отнася до 2014 г., жалбоподателите считат, че извънредният приход, получен от продажбата на произведенията на изкуството, не трябва да се взема предвид, тъй като без тази продажба WestSpiel е щяло да генерира оперативна загуба от около 21 милиона евро. Като цяло жалбоподателите считат, че с оглед на съотношението на разходите преди данъчно облагане затрудненото финансово положение на WestSpiel не може да бъде обосновано с твърдяната висока данъчна тежест. На този фон покриването на годишните загуби от страна на NRW.BANK не съответства на поведението на хипотетичен частен инвеститор в условията на пазарна икономика. Освен това жалбоподателите считат, че с оглед на конкуренцията между държавните казина и частните оператори на зали за хазартни игри мярката също така нарушава или заплашва да наруши конкуренцията и засяга търговията между държавите членки.

(44) И накрая, според жалбоподателите мярката не е съвместима с вътрешния пазар. По-специално WestSpiel отговаря на критериите за предприятие в затруднено положение по смисъла на Насоките на Комисията за държавна помощ за оздравяване и преструктуриране на нефинансови предприятия в затруднено положение („Насоките за ОиП“) ([15]), като същевременно мярката не е в съответствие с изискванията на Насоките за ОиП.

2.3.2. *Предполагаемото вливане на капитал от 2015 г.*

(45) Жалбоподателите твърдят също така, че през 2015 г. WestSpiel е получило вливане на капитал от NRW.BANK в размер на 64,8 милиона евро.

(46) Според жалбоподателите, макар че WestSpiel е генерирало загуби през годините преди и след 2014 г., дружеството е реализирало печалба от приблизително 86,4 милиона евро през 2014 г. Тази печалба обаче не се дължи на оперативната дейност на WestSpiel, а на продажбата на две произведения на изкуството. В резултат на това през 2014 г. механизмът за използване на печалбата по член 14 от SpielbG NRW (стара редакция) е довел до изплащане на печалби в размер на приблизително 82 милиона евро на провинция СРВ.

(47) През 2015 г. част от използваната печалба, а именно 64,8 милиона евро, са били повторно влети във WestSpiel, както следва: Провинция СРВ и NRW.BANK са сключили споразумение за доверително управление, по силата на което NRW.BANK става доверителният собственик на скрита вноска от страна на провинция СРВ в дружествения капитал на WestSpiel. Тази скрита вноска в размер на 64,8 милиона евро е добавена към дружествения капитал, внесен като дялово участие от NRW.BANK.

(48) Споразумението за доверително управление между провинция СРВ и NRW.BANK е сключено на 26 ноември 2015 г. и съдържа задължението на СРВ да предостави на NRW.BANK сума в номинално изражение от 64,8 милиона евро не по-късно от десет (10) работни дни след подписването на споразумението за доверително управление, но не преди подписването на споразумение за дружество със съучастие между NRW.BANK и WestSpiel. Германия потвърди, че NRW.BANK е получила плащането на 10 декември 2015 г.

(49) Споразумението за дружество със съучастие между NRW.BANK и WestSpiel е сключено на 1 декември 2015 г. и съдържа задължението на NRW.BANK да направи вноската от 64,8 милиона евро не по-късно от пет (5) работни дни след постъпването на вноската в NRW.BANK в качеството ѝ на доверителен собственик. Германия потвърди, че WestSpiel е получило плащането на 15 декември 2015 г.

([15]) Съобщение на Комисията — Насоки за държавна помощ за оздравяване и преструктуриране на нефинансови предприятия в затруднено положение (ОВ C 249, 31.7.2014 г., стр. 1).

(50) Жалбоподателите са на мнение, че вливането на капитал, осъществено през 2015 г., представлява държавна помощ по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС. По-специално жалбоподателите твърдят, че с вливането на 64,8 милиона евро на WestSpiel е предоставен нов капитал, докато един частен инвеститор в условията на пазарна икономика не би направил това. По-специално това следва от годишния доклад на WestSpiel за 2015 г., в който се прави позоваване на „независим бизнес преглед“ (НБП) от 29 април 2015 г., извършен от [реномирано одитно дружество] (*) („доклада от [НБП]“), където се посочва, че бизнес планът за WestSpiel не е „*нереалистичен, но отчасти представлява предизвикателство или е амбициозен*“, и че обосновката на ръководството не е „*нереалистична, но като цяло представлява сценарий, свързан със значителен риск*“ ([16]). Според жалбоподателите вливането на капитал е било извършено без предварителен анализ на това дали възвръщаемостта на тази инвестиция ще съответства на средната възвръщаемост при хазартните игри на игрални автомати, която е между 10 % и 39 %, т.е. средно 24 %.

(51) Освен това, макар че вложеният допълнителен капитал е бил предназначен за създаване на пето казино в Кьолн, жалбоподателите твърдят, че провинция СРВ не е направила надлежен анализ на очакваната възвръщаемост, която ще бъде реализирана от петото казино. Поради тези причини вливането на капитал очевидно не е в съответствие с принципа на инвеститор в условията на пазарна икономика (ПИУПИ) и предоставя избирателно предимство на WestSpiel.

(52) Що се отнася до посочената от Германия *цялостна концепция за осигуряване на бъдещето на WestSpiel*, включваща продажбата на произведения на изкуството и вливането на печалбата, реализирана от продажбата, но иззета от дружеството чрез механизма за използване на печалбата, жалбоподателите считат, че квалифицирането от страна на Германия на механизма за използване на печалбата въз основа на член 14 от SpielbG NRW би било в противоречие с позицията на Германия по дело SA.44944 ([17]). Докато според жалбоподателите в настоящия случай Германия е представила използването на печалбата като нормално разпределяне на печалба съгласно разпоредбите на HGB, в дело SA.44944 Германия твърди, че използването на печалбата в съответствие с член 14 от SpielbG NRW е данък по смисъла на член 3, параграф 1 от германския данъчен кодекс (*Abgabenordnung*).

(53) Според жалбоподателите във всеки случай нито в краткосрочна, нито в дългосрочна перспектива вливането на капитал през 2015 г. не е в съответствие с ПИУПИ. В краткосрочна перспектива жалбоподателите твърдят, че Германия не е извършила предварителна оценка на рентабилността на вливането на капитал, както се изисква от приложимата съдебна практика. По-специално, според жалбоподателите, Германия би трябвало да сравни прогнозираното финансово състояние на WestSpiel при вливането на капитал и без такова вливане. В дългосрочна перспектива, като е взела предвид бъдещите данъчни приходи на държавата, генерирани от данъците, събирани съгласно членове 12, 13 и 14 от SpielbG NRW (стара редакция), Германия не е разграничила качеството на държавата на данъчен орган от качеството ѝ на икономически оператор (т.е. на съдружник във WestSpiel).

2.4. **Основания за откриване на процедурата**

(54) На 9 декември 2019 г. Комисията реши да открие официална процедура по разследване във връзка с предполагаемото покриване на годишните загуби през периода 2009—2015 г. и предполагаемото вливане на капитал през 2015 г.

2.4.1. *Предполагаемото покриване на годишните загуби*

(55) В съображения 62 и 63 от решението за откриване на процедурата Комисията заяви, че не може да се изключи наличието на предимство, тъй като не е ясно дали акционерите във WestSpiel, NRW.BANK и провинция СРВ, действително са поели (част от) загубите на WestSpiel или са взели решение дали капиталът, необходим за покриване на загубите, ще бъде предоставен, или не, или и двете.

(*) Поверителна информация.

([16]) Вж. стр. 10 от доклада от [НБП].

([17]) Вж. Решение C(2019) 8819 final, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202023/283549_2161703_113_2.pdf.

(56) Освен това в съображение 64 от решението за откриване на процедурата Комисията посочва, че самият факт, че NRW.BANK е приела по-нататъшните загуби на WestSpiel въпреки многократните загуби през предходните години, без да извърши предварителна оценка дали да запази дяловото си участие във WestSpiel или да го ликвидира, за да съхрани частта от капитала, която все още не е загубена, може да представлява неправомерно предимство, тъй като може да се приеме, че частен инвеститор при сравними обстоятелства не би действал по този начин.

(57) В този контекст в съображение 65 от решението за откриване на процедурата Комисията счита, че правната уредба и корпоративната структура на WestSpiel, както и различните правни инструменти, чрез които акционерите са осигурили собствен капитал, трябва да бъдат допълнително изяснени, за да се оценят последиците от тези операции по отношение на държавната помощ.

2.4.2. *Предполагаемото вливане на капитал от 2015 г.*

(58) В съображения 79—84 от решението за откриване на процедурата Комисията изрази становище, че механизмът за използване на печалбата изглежда представлява специален данък върху приходите на оператора на публични казина в провинция СРВ, т.е. WestSpiel.

(59) Комисията отбеляза, че Германия не би могла в дело SA.44944 да твърди, че публичните казина (потенциално) са били изправени пред неизгоден данъчен режим (т.е. няма налице фискално предимство за WestSpiel), а в настоящото дело SA.48580 да твърди, че механизмът за използване на печалбата представлява разпределение на печалбата (т.е. не представлява данъчно облагане) между акционерите, които просто са вложили част от разпределената печалба във WestSpiel.

(60) В съображение 83 от решението за откриване на процедурата Комисията стига до заключението, че в този контекст механизмът за използване на печалбата съгласно член 14 от SpielbG NRW (стара редакция) не изглежда да е просто автоматично разпределение на печалба от WestSpiel към неговия акционер, от което NRW.BANK е можела да се откаже. Вливането на капитал от 2015 г. е различно по своето естество от механизма за използване на печалбата. Като самостоятелна мярка и въз основа на ПИУПИ с него изглежда е било предоставено предимство на WestSpiel.

3. МНЕНИЯ НА ЗАИНТЕРЕСОВАНИТЕ СТРАНИ

(61) В срока, определен в решението за откриване на процедурата, Комисията не получи никакви мнения от заинтересовани страни.

4. МНЕНИЯ НА ГЕРМАНИЯ

(62) Според Германия нито една от предполагаемите мерки за помощ не включва държавна помощ по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС.

4.1. Предполагаемото покриване на годишните загуби

(63) По отношение на предполагаемото покриване на годишните загуби по същество Германия твърди, че WestSpiel никога не е получило пряка или непряка компенсация за загубите си от NRW.BANK, а просто е изразходвало собствения си капитал (внесен през 1978 г. и 2002 г.), за да компенсира натрупаните си загуби. Германия твърди, че предполагаемата мярка не е включвала никакви плащания от NRW.BANK и следователно тази мярка не е съдържала държавна помощ.

(64) Германия обяснява, че съгласно германското дружествено право акционерите трябва да покажат намален капитал в счетоводния баланс, когато дружеството, в което притежават акции, претърпи загуби. В този смисъл съгласно стандартните счетоводни правила на германското дружествено право, приложими за командитни дружества ([18]), в разглежданията случай капиталът е бил автоматично изразходван, т.е. капиталовата сметка на дружеството автоматично е била дебитирана със сумата на загубите, без да е било необходимо да се взема решение от страна на съдружника.

([18]) Вж. член 167 от HGB във връзка с член 120 от HGB (редакция на HGB преди изменението от 1 януари 2024 г. с член 34, параграф 4 от закона от 22 декември 2023 г., BGBl. 2023 I Nr. 411) („стара редакция“).

(65) Освен това Германия посочва, че NRW.BANK не е можела *да вземе решение дали капиталът, необходим за покриване на загубите, да бъде предоставен [на WestSpiel], или не* (съображение 62 от решението за откриване на процедурата). В този смисъл, въз основа на правните разпоредби на германското право, Германия обяснява, че:

а) както всяко търговско дружество WestSpiel трябва да изготвя годишен финансов отчет за приключването на всяка финансова година (член 242 и следващи от HGB). Годишният финансов отчет се състои от счетоводен баланс и специален отчет за приходите и разходите (член 242, параграф 3 от HGB). В това отношение дружеството е обвързано от закона. Ако финансовото състояние на дружеството, и по-специално изразходването на собствения капитал, не е отразено с правилния размер в годишния финансов отчет, съответните лица могат да бъдат подведени под отговорност за счетоводна измама (член 331 от HGB);

б) поради това, противно на твърденията на жалбоподателите, съдружникът (по отношение на вече внесения в дружеството капитал) не е можел едностранно *да решава дали капиталът, необходим за покриване на загубите, да бъде предоставен, или не* ([19]). Акционерите са били лишени от това решение, тъй като намаляването на собствения капитал чрез прихващане с дяловото участие на съдружника се основава на член 161, параграф 2 от HGB във връзка с член 120 от HGB (стара редакция). Последната разпоредба гласи:

— (първа алинея) *В края на всяка финансова година печалбите и загубите за годината се определят въз основа на счетоводния баланс и се изчислява делът на всеки съдружник от тези печалби и загуби.*

— (втора алинея) *Печалбите, дължими на дадения съдружник, се прибавят към неговия дял в капитала; загубите, разпределени на дадения съдружник, както и всички парични средства, изтеглени от дела в капитала през финансовата година, се приспадат от него.;*

в) ако има изразходване на собствен капитал, това не означава, че съдружникът с ограничена отговорност внася нови средства (или взема решение за използването на вече внесени средства). Това означава само, че поради загубите и изразходването на собствен капитал стойността на дела на съдружника се намалява. Следователно в отчета за приходите и разходите на групата това води до *начисляване на нетната загуба за годината (...) в капиталовата сметка на NRW.BANK (съдружника с ограничена отговорност)*. Това обаче представлява чисто техническа счетоводна процедура, т.е. дебитиране на статия в счетоводния баланс (капиталовата сметка). Не става въпрос за *процедура по дебитиране (...) за прехвърляне на средства от сметка на NRW.BANK към WestSpiel* ([20]), а за факта, че собственият капитал, предоставен на дружеството през предходните години, е бил намален, което се отчита в съответствие със счетоводните правила;

г) това правило, което по принцип би могло да се прилага във всички търговски дружества в Съюза и което в много свои части е хармонизирано и конкретизирано чрез вторичното законодателство на Съюза, служи за защита на кредиторите. Поради това всички понесени загуби задължително се поемат за сметка на собствения капитал;

д) съдружникът не може да избегне този механизъм. Следователно съдружниците нямат възможност да решават дали собственият капитал да бъде изразходван. В този контекст според Германия изразеното от жалбоподателите ([21]) разбиране на закона е погрешно и непосочването на изразходването на дружествения капитал в годишния финансов отчет би представлявало престъпление.

(66) Що се отнася до устава на WestSpiel от 2007 г. в периода преди непрякото дялово участие (т.е. 2009—2014 г.), Германия потвърждава, че той не съдържа договорна клауза, която да води до механизъм, различен от автоматичното изразходване на дружествения капитал, описано в съображение 63 от решението за откриване на процедурата. Уставът от 2007 г. представлява просто пояснение, в което се възпроизвежда приложимото германско право ([22]).

([19]) Вж. съображение 62 от решението за откриване на процедурата.

([20]) Вж. съображение 63 от решението за откриване на процедурата.

([21]) Вж. съображение 62 от решението за откриване на процедурата.

([22]) Уставът на WestSpiel (от 2007 г.) е преработен и влиза в сила на 26 януари 2016 г. Германия предоставя допълнителни данни, потвърждаващи, че нито в годините преди изменението на устава през 2016 г., нито след това при разпределянето на загубите не е имало прехвърляне на финансови ресурси или ликвидност от страна на съдружника с ограничена отговорност. Що се отнася до стъпките, които трябва да бъдат следвани за разпределяне на годишните загуби, между устава от 2007 г. и този от 2016 г. няма разлика. Те се разпределят пропорционално на дела в капитала (притежаван съответно от провинция СРВ чрез непрякото дялово участие и от NRW.BANK). Освен това в споразумението за непряко дялово участие се предвижда, че то не може да бъде едностранно разтрогнато от една от страните. Във всеки случай, както е обяснено в съображение 66 от решението за откриване на процедурата, Комисията стига до заключението, че същите съображения се прилагат за загубите, генерирани през следващите години (т.е. след 2015 г., съгласно устава от 2016 г.) и (вероятно) начислени в капиталовите сметки на NRW.BANK и на провинция СРВ (в ролята ѝ на доверен собственик на непрякото дялово участие на NRW.BANK във WestSpiel).

(67) Германия също така потвърждава, че NRW.BANK и провинция СРВ не са поемали никакви допълнителни задължения в полза на WestSpiel (гаранции, задължения за разходи и др.).

(68) В съображение 64 от решението за откриване на процедурата Комисията също така изрази съмнения относно предполагаемата мярка, тъй като не можеше да изключи възможността на WestSpiel да е било предоставено предимство въз основа на факта, че NRW.BANK е запазила дяловото си участие във WestSpiel въпреки непрекъснатите загуби, *тъй като не може да се приеме, че частен инвеститор при сравними обстоятелства би действал по този начин*. Германия е на мнение, че това съмнение не е оправдано. За да обясни, че частен инвеститор действително би действал по същия начин, Германия описва два различни сценария на действие от страна на NRW.BANK (ликвидация и продажба на WestSpiel).

— *Първи сценарий: ликвидация на WestSpiel*

(69) Според Германия през въпросния период (2009—2015 г.) NRW.BANK не би могла да запази първоначалната дялова вноска от 35,5 милиона евро, като ликвидира WestSpiel. По причини, свързани със защитата на кредиторите, ликвидацията на WestSpiel или оттеглянето на съдружник е подлежало на много строги ограничения съгласно германското дружествено право. Въпреки че Германия признава, че прекратяването е възможно по решение на съдружниците (член 131 от HGB (стара редакция) ([23]), тя добавя, че след прекратяването обявяването в несъстоятелност или ликвидацията започва като процедура по реда на член 145 и следващите от HGB (стара редакция) ([24]) и член 730 и следващите от германския Граждански кодекс (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*). Германия обяснява, че тази ликвидация би била сложен и продължителен процес, по време на който ликвидаторите трябва да приключат текущата дейност на дружеството, да съберат вземанията, да преобразуват останалите активи в парични средства и да удовлетворят кредиторите (член 149, параграф 1 от HGB) ([25]). Останалите активи на дружеството трябва да бъдат разпределени от ликвидаторите между съдружниците пропорционално на съответните им дялове от капитала (член 155, параграф 1 от HGB) ([26]).

(70) Нещо повече, Германия твърди, че в рамките на този процес на ликвидация, както е описан в съображение 69, NRW.BANK би трябвало да покрие голям брой задължения към трети страни, включително значителни задължения за пенсии. Освен това би трябвало да се вземат предвид разходите за прекратяване на договори (например трудови договори и договори за наем). Също така вероятно би имало значителни намаления на балансовите стойности, причинени от ликвидацията на дълготрайни и краткотрайни активи. Вноската на NRW.BANK като единствен съдружник с ограничена отговорност във WestSpiel също задължително би била засегната, в смисъл че само в случай на положително салдо за NRW.BANK би останала стойност на вноската (вж. член 171, параграф 1 от HGB във връзка с член 167, параграф 3 ([27]), член 149, първо изречение и член 161, параграф 2 от HGB). Ето защо дори по груби изчисления е явно, че ликвидационната стойност на WestSpiel би била отрицателна.

(71) От гореизложеното Германия заключава, че процесът на ликвидация през въпросния период не би довел до това NRW.BANK да може да запази първоначалната дялова вноска чрез разтрогването на WestSpiel. В тази връзка Германия твърди, че трябва да се вземе предвид и фактът, че към онзи момент NRW.BANK вече е била инвестирала значителна част от капитала си (35,5 милиона евро първоначална вноска) във WestSpiel. Според Германия частен инвеститор, който вече е инвестирал в дадено предприятие, също би преценил риска от по-нататъшна инвестиция по различен начин от инвеститор, който не притежава дял. В този контекст се признава, че в случай на мажоритарно участие дългосрочните стратегически съображения могат да оправдаят по-ниска възвръщаемост от средната пазарна възвръщаемост („ефект на собственика“).

— *Втори сценарий: продажба на WestSpiel*

(72) Следователно, след като първият сценарий е изключен, Германия твърди, че NRW.BANK е можела да избегне тежестта, причинена от загубите на WestSpiel, единствено чрез продажба. От икономическа гледна точка обаче през въпросния период (2009—2015 г.) WestSpiel е било в доста непривлекателно състояние за купувачите, така че най-вероятно не е било възможно да се получи задоволителна покупна цена.

([23]) След изменението от 1 януари 2024 г. член 131 от HGB става член 140 от HGB.
([24]) След изменението от 1 януари 2024 г. член 145 от HGB става член 143 от HGB.
([25]) След изменението от 1 януари 2024 г. член 149, първо изречение от HGB става член 148, параграф 2 и член 148, параграф 5, първо изречение от HGB.
([26]) След изменението от 1 януари 2024 г. член 155, параграф 1 от HGB става член 148, параграф 8 от HGB.
([27]) След изменението от 1 януари 2024 г. член 167, параграф 3 от HGB сега се изчерпва с член 167 от HGB.

(73) Според Германия провинция СРВ е възложила изготвянето на доклада от [НБП] (2015 г.), който включва множество показатели и следователно е по-изчерпателен от обикновения тест за частен инвеститор в условията на пазарна икономика.

(74) Германия споменава по-конкретно страница 101 от доклада, на която се посочва, че платежният баланс на WestSpiel, дори и с планираното по това време вливането на капитал под формата на непрякото дялово участие, е щял да стане положителен едва през периода 2021—2023 г. Това се вижда и от предпоследната линия на графиката по-долу, извлечена от доклада от [НБП].

[…]

4.2. **Предполагаемото вливане на капитал от 2015 г.**

(75) В съображение 77 от решението за откриване на процедурата Комисията посочи две линии на обосновка, представени от Германия във връзка с вливането на капитал от 2015 г. На първо място вливането би представлявало просто (частично) „повторно вливане“ на печалбите, които са били иззети от WestSpiel. На второ място това вливане при всички случаи би било в съответствие с ПИУПИ, като се има предвид, че чрез вливането на капитал посредством нейната скрита вноска провинция СРВ би действала като частен инвеститор при сравними обстоятелства. В мненията си относно решението за откриване на процедурата Германия разглежда тези две линии на обосновка и представя редица алтернативни доводи.

(76) На първо място, по отношение на (частичното) „повторно вливане“ Германия по същество твърди, че двете операции (използването на печалбата и вливането на капитал) трябва да се разглеждат като една-единствена операция (цялостна концепция, наричана от Германия „единна намеса“ или „една комплексна мярка“) и не могат да се разглеждат поотделно.

(77) Според Германия (частичното) „повторно вливане“ не може да се разглежда отделно от продажбата на двете произведения на изкуството и в частност не отделно от използването на печалбата в полза на провинция СРВ, тъй като: а) двете мерки са били приети в непосредствена хронологична последователност и б) продажбата на произведенията на изкуството е била обвързана с уверението на съответните органи, че използваните печалби от продажбата ще бъдат (частично) възстановени под формата на вливането на капитал. (Частичното) „повторно вливане“ на средствата е част от цялостната концепция, за която е взето решение преди продажбата на произведенията на изкуството. Това става ясно от вътрешни и общественодостъпни документи ([28]). Поради това в рамките на тази „цялостна оценка“ вливането на капитал не следва да се разглежда изолирано, а като подмярка на една цялостна мярка, състояща се в прилагането на фискалната рамка към WestSpiel (по-специално член 14 от SpielbG NRW (стара редакция), т.е. използването на печалбата, което е било приложено към печалбите от продажбата на произведенията на изкуството) ([29]).

(78) На второ място, по отношение на ПИУПИ, както е обяснено в съображения 85—89 от решението за откриване на процедурата, Германия счита, че извършеното от провинция СРВ вливане на капитал през 2015 г. съответства на поведението на частен инвеститор при сравними обстоятелства. Германия основава разсъжденията си на „краткосрочна“ и „дългосрочна“ перспектива. Според „краткосрочната перспектива“ вливането на капитал във WestSpiel на стойност 64,8 милиона евро през 2015 г. е сключено като самостоятелна мярка в съответствие с пазарните условия ([30]). Що се отнася до „дългосрочната перспектива“, Германия се позовава на съдебната практика по делото *EDF* ([31]), за да докаже, че при оценката може да вземе предвид бъдещи по-високи данъчни приходи. Освен това Германия твърди, че вливането на капитал е било необходимо, за да се възстанови рентабилността на WestSpiel и по този начин да се запази капиталът, който вече е инвестиран в дружеството. По-специално Германия

([28]) Например на събранието на гарантите на NRW.BANK от 13 март 2014 г. е формулирана изрична резерва, че продажбата на произведенията на изкуството се договаря само ако WestSpiel ще може да използва необходимите средства, т.е. ако ще разполага с тях постоянно.

([29]) Но също така потенциално и членове 12 и 13 от SpielbG NRW (стара редакция), т.е. данъците върху брутните приходи от хазартни игри на WestSpiel, ако се приложи „по-широка перспектива“ (като се вземе предвид цялостната фискална рамка).

([30]) Германия обяснява, че заедно с използването на печалбата вливането на капитал е довело до обща печалба от 17,2 милиона евро за държавата, което е над печалбата от 0 евро при съпоставителния сценарий, състоящ се в отсъствието на вливане на капитал. С други думи, като е получила 82 милиона евро от WestSpiel през 2014 г. (съгласно член 14 от SpielbG NRW (стара редакция) и като е внесла в дружеството само 64,8 милиона евро през 2015 г., държавата е задържала общо 17,2 милиона евро, което е повече от нулевата стойност при съпоставителния сценарий. Според Германия забележките на Комисията в съображение 78 и следващите и в съображение 88 и следващите от решението за откриване на процедурата, че такова „нетно изчисление“ е недопустимо, тъй като използването на печалбата съгласно член 14 от SpielbG NRW (стара редакция) е „неразделна част от специфичния фискален и регулаторен режим по SpielbG NRW, който държавата прилага изключително по отношение на WestSpiel“, не са в съответствие със съдебната практика. Германия обяснява също така, че фактът, че дадено задължение за плащане е „част от специфичен фискален и регулаторен режим“, сам по себе си не може да доведе до разглеждането на това задължение за плащане отделно от икономическото цяло на „продажбата на произведения на изкуството, използването на печалбата и повторното вливане“. Това становище беше подкрепено от решението на Общия съд от 26 февруари 2019 г. по дело T-865/16, ECLI:EU:T:2019:113.

([31]) Решение на Съда от 5 юни 2012 г., *Комисия/ EDF*, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318.

обяснява, че е нямало алтернатива на модела, включващ продажбата на произведенията на изкуството/използването на печалбата/вливането на капитал. Единственият възможен алтернативен вариант би бил да не се приложат мерките и по този начин да се загубят цялата стойност на дела във WestSpiel, както и перспективата за бъдещи приходи. Според Германия ликвидацията на дружеството не би била *икономически приемливо решение*. За да обяснят причините, които са довели Германия до това становище, германските органи повтарят същите доводи, които вече са представили, за да опишат позицията си относно съпоставителните сценарии на покриването на годишните загуби, а именно, относно усилията, разходите и времето, свързани с процеса на ликвидация, както и относно различните задължения, които биха довели до отрицателна ликвидационна стойност на WestSpiel (вж. съображения 69—71).

(79) На трето място, Германия обяснява, че вливането на капитал не е предоставило никакво предимство на WestSpiel предвид структурното неизгодно положение на последното (по-специално поради механизма за използване на печалбата, който е бил приложен спрямо печалбата от продажбата на произведенията на изкуството). Структурното неизгодно положение на WestSpiel се състои в задължението му да поема значително по-висока данъчна тежест съгласно членове 12—14 от SpielbG NRW (стара редакция). Според Германия съгласно съдебната практика не би имало предимство по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС, ако компенсацията се предоставя само за структурното неизгодно положение ([32]). Германия добавя, че от съдебната практика следва, че компенсацията на допълнителните разходи, произтичащи от схема за дерогация, която не се прилага за конкурентите, не представлява държавна помощ, ако съществува неразривна връзка между въпросната компенсаторна мярка и нейната цел да компенсира допълнителните разходи, произтичащи от конкретните структурни проблеми ([33]). Това е последица от принципа, че държавната помощ представлява икономическо предимство по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС само ако предприятието е освободено от разходи, които „обикновено“ предприятията трябва да понасят ([34]). Единствено освобождаването от такива разходи може да доведе до поставяне на предприятието получател в по-благоприятно конкурентно положение от неговите конкуренти. В случая с WestSpiel държавната намеса е имала за цел да поддържа разходите на WestSpiel на равнището на тези на неговите конкуренти. По този начин единствената цел на вливането на капитал, осъществено чрез непрякото дялово участие (както е описано в съображение 47), е била да компенсира структурното неизгодно положение на WestSpiel.

(80) На четвърто място, Германия твърди също така, че същият резултат, постигнат от вливането на капитал, на практика е можел да бъде постигнат просто чрез промяна на националното законодателство, т.е. на приложимите данъчни разпоредби. В настоящия случай законодателят е имал възможност да включи уточнение в член 14 от SpielbG NRW (стара редакция), според което тази разпоредба се прилага само за печалбите, произтичащи от обичайната хазартна дейност на оператора на казина, т.е. WestSpiel, но не и за евентуални извънредни приходи. За тази цел би било достатъчно например да се добави нов параграф 4, който да гласи *Използване на печалбата съгласно настоящата разпоредба се извършва само доколкото посочените годишни нетни печалби се отнасят до действителните дейности на казината. Другите печалби подлежат на стандартно данъчно облагане*. В този случай не би се наложило (частично) „повторно вливане“, тъй като приходите от продажбата на произведенията на изкуството не биха били обект на механизма за използване на печалбата.

([32]) Решение на Общия съд от 14 юли 2016 г., *Германия/Комисия*, дело T-143/12, ECLI:EU:T:2016:406, т. 143 и следващите; решение на Общия съд от 16 март 2004 г., *Danske Busvognmænd/Комисия*, дело T-157/01, ECLI:EU:T:2004:76, т. 57; решение на Съда от 23 март 2006 г., *Enirisorse/Sotacarbo*, дело C-237/04, ECLI:EU:C:2006:197, т. 42—48.

([33]) Решение на Съда от 8 декември 2011 г., *France Télécom/Комисия*, дело C-81/10 P, ECLI:EU:C:2011:811, т. 42 и следващите; решение на Общия съд от 30 ноември 2009 г., *France Télécom и др./Комисия*, съединени дела T-427/04 и T-17/05, ECLI:EU:T:2009:474, т. 207 и следващите; решение на Общия съд от 28 ноември 2008 г., *Hotel Cipriani и др./Комисия*, съединени дела T-254/00, T-270/00 и T-277/00, ECLI:EU:T:2008:537, т. 185, 187 и 189; решение на Съда от 9 юни 2011 г., *Hotel Cipriani и др./Комисия*, съединени дела C-71/09 P, C-73/09 P и C-76/09 P, ECLI:EU:C:2011:368, т. 89, 97 и 100.

([34]) Решение на Съда от 23 февруари 1961 г., *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/High Authority*, дело 30/59, ECLI:EU:C:1961:2, т. 3 и 43; решение на Съда от 15 март 1994 г., *Banco Exterior de España/Ayuntamiento de Valencia*, дело C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, т. 12 и 13; решение на Съда от 1 декември 1998 г., *Ecotrade/Altiforni e Fernere di Servóla*, дело C-200/97, ECLI:EU:C:1998:579, т. 34; решение на Съда от 8 ноември 2001 г. *Adria-Wien Pipeline/Finanzlandesdirektion für Kärnten*, дело C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598, т. 3; решение на Съда от 3 март 2005 г., *Wolfgang Heiser/Finanzamt Innsbruck*, дело C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, т. 36; решение на Съда от 30 юни 2016 г., *Белгия/Комисия*, дело C-270/15, ECLI:EU:C:2016:489, т. 34—36.

(81) На пето място, Германия също така обяснява, че на 8 май 2018 г. провинция СРВ, а впоследствие и събранието на гарантите на NRW.BANK, са взели решение да продадат цялото 100-процентово участие на NRW.BANK във WestSpiel. След продажбата непрякото дялово участие на NRW.BANK, която го е управлявала като доверителен собственик в полза на провинция СРВ, е трябвало да бъде върнато и по този начин прекратено; с други думи след продажбата балансовата стойност на непрякото дялово участие на провинция СРВ е трябвало да ѝ бъде възстановена ([35]). Според Германия връщането на непрякото дялово участие от страна на WestSpiel общо взето е равносилно на възстановяване на (предполагаемата) държавна помощ. В този смисъл продажбата на WestSpiel би показала, че вливането на капитал от 2015 г. съответства на поведението на частен инвеститор и (също и поради тази причина) не представлява държавна помощ. Решението в полза на вливането на капитал през 2015 г. има икономически смисъл, тъй като провинция СРВ е очаквала не само да получи балансовата стойност на своето непряко дялово участие чрез продажбата на WestSpiel, но и да реализира печалба от продажбата на участието на NRW.BANK във WestSpiel. В този контекст с писмо от 8 септември 2021 г. Германия уведоми Комисията, че второто и последно частично изплащане на непрякото дялово участие в размер на 11 516 909 EUR (по отношение на първото частично изплащане вж. съображение 90) е било извършено от WestSpiel (от собствените му ликвидни средства) на 26 юли 2021 г. ([36]).

(82) И накрая, що се отнася до наличието на държавни ресурси, Германия изтъква, че вливането на капитал не е било свързано с никакви държавни ресурси, тъй като средствата са постъпили от продажбата на произведения на изкуството, собственост на WestSpiel. Германия обяснява, че нито един икономически оператор не би предприел подобна продажба, ако не би могъл и не би му било позволено да счита, че приходите от продажбата, или във всеки случай голяма част от тях, ще му бъдат върнати. На този фон чисто формалното съображение, според което средствата от продажбата на произведенията на изкуството се считат за държавни ресурси само защото са били предоставени на държавата за „секунда в правния мир“, изглежда изкуствено и неуместно. Вместо това, според Германия средствата за (частичното) „повторно вливане“ на капитал под формата на непряко дялово участие произтичат от приходите от продажбата на две произведения на изкуството, собственост на WestSpiel, и не биха били налични, ако WestSpiel беше решило да не продава двете произведения на изкуството. В същото време WestSpiel е решило да продаде двете произведения на изкуството само защото е разчитало на уверението на съответните органи, че печалбата от продажбата ще бъде (частично) „повторно вложена“ във WestSpiel.

4.3. **Допълнителни доводи**

(83) Както по отношение на покриването на годишните загуби, така и по отношение на вливането на капитал, Германия счита, че тези мерки не биха могли да нарушат конкуренцията и да засегнат търговията между държавите членки с оглед на монополното положение на WestSpiel в провинция СРВ. По-конкретно Германия счита, че през съответния период (2009—2015 г.) пазарът на услуги на казина е бил затворен за конкуренция съгласно членове 1 и 3 от SpielbG NRW (стара редакция). Според Германия, въпреки изявленията в годишния доклад на

([35]) Както е обяснено в съображение 30, междувременно, през септември 2021 г., WestSpiel е било продадено.

([36]) В отговора си от 4 април 2022 г. Германия обясни как е бил определен размерът на всяко от тези две изплащания. Тя разясни следното.

— Непрякото дялово участие е било прекратено, считано от 8 януари 2021 г., с подписването на 4 януари 2021 г. на споразумението за прекратяване.

— Съгласно членове 12.1—12.3 от споразумението за дружество със съучастие съдружникът с непряко дялово участие е имал право на компенсационно плащане в резултат на прекратяване на дружеството със съучастие по взаимно съгласие или в резултат на прекратяване на дружеството със съучастие от страна на съдружника с непряко дялово участие.

— Съгласно член 12.2, първо и второ изречение, и член 12.3, първо изречение, от споразумението за дружество със съучастие общият размер на компенсационното плащане съответства на балансовата стойност на дружеството със съучастие към 31 декември 2020 г. В съответствие със споразумението балансовата стойност към 31 декември 2020 г. е била изчислена като салдото по сметката за вноските, сметката за заемите и сметката за загубите на дружеството със съучастие, както е отразено в одитираните и заверени годишни финансови отчети на дружеството към 31 декември 2020 г. Съответно дружеството със съучастие все още участва в годишния резултат за 2020 г.

— Тъй като към момента на подписване на споразумението за прекратяване през януари 2021 г. одитираните годишни финансови отчети за финансовата 2020 година все още не са били налични и поради това все още не е било възможно да се направи сигурно, окончателно и обвързващо определяне на размера на компенсацията, в споразумението за прекратяване двете страни са се договорили за изплащане на две вноски.

— Размерът на първата вноска е определен на 35 милиона евро по такъв начин, че въз основа на предварителната оценка на годишния резултат за финансовата 2020 година, който според Германия все още е бил предмет на несигурност, да се избегне изплащане на по-големи суми от дължимите със степен на вероятност, граничеща със сигурност.

— Втората и последна вноска е определена в размер на разликата между балансовата стойност на дружеството със съучастие според годишните финансови отчети към 31 декември 2020 г., които са били окончателно одитирани на 20 април 2021 г., и размера на първата вноска от 35 милиона евро. Балансовата стойност на дружеството със съучастие в одитираните финансови отчети към 31 декември 2020 г. в крайна сметка възлиза на 46 516 909 EUR. Следователно втората вноска е в размер на 11 516 909 EUR.

WestSpiel за 2014 г. (съображение 57 от решението за откриване на процедурата) ([37]), не може да се твърди, че WestSpiel осъществява дейност на същия пазар по смисъла на правото на Съюза в областта на конкуренцията, както доставчиците на онлайн услуги, които до момента са извършвали незаконна дейност в Германия. Във всеки случай Германия обяснява, че от процедурна гледна точка аспектът дали мерките представляват държавна помощ, или не, може да бъде оставен отворен въз основа на практиката на Комисията за вземане на решения ([38]).

(84) Първото възможно основание за съвместимост е член 107, параграф 3, буква в) от ДФЕС с оглед на либерализирането на пазара на хазартни игри. Германия обяснява, че Комисията би счела приватизацията за цел от общ интерес ([39]) и член 107, параграф 3, буква в) от ДФЕС за изпълнен в случаите, когато мерките са необходими за приватизацията на държавно дружество и мерките обхващат единствено неблагоприятното конкурентно положение на държавното дружество в сравнение с неговите конкуренти ([40]). Според Германия в разглеждания случай изискванията, установени в практиката на Комисията за вземане на решенията, ще бъдат изпълнени. В този смисъл а) целта от общ интерес е отварянето на пазара в сектора ([41]), б) мерките са необходими за постигането на тази цел ([42]) и в) мерките също така са пропорционални ([43]).

(85) Германия счита, че като алтернатива подходящо основание за съвместимост биха могли да бъдат Насоките за ОиП. В този смисъл Германия твърди, че макар WestSpiel да не е било предприятие в затруднено положение към момента на предоставяне на предполагаемите мерки, то би станало такова, ако Комисията разпореди възстановяване на помощта, и би отговаряло на условията за получаване на помощ за оздравяване и преструктуриране ([44]).

5. СТАНОВИЩА НА WESTSPIEL И НА ЖАЛБОПОДАТЕЛИТЕ

(86) След изтичането на крайния срок за представяне на мнения по решението за откриване на процедурата Комисията получи становища от WestSpiel, както и от жалбоподателите. С цел изчерпателност тези становища са обобщени по-долу.

([37]) *… Както посочват жалбоподателите, от изявленията в годишния доклад на WestSpiel за 2014 г. става ясно, че самото WestSpiel счита конкуренцията с търговските оператори на хазартни игри и оператори на онлайн хазартни игри за основна причина за загубите, генерирани от WestSpiel през тази година ….[…].*

([38]) Вж. например съображения 487 и 583 и член 2, параграф 2 от Решение C(2014) 6849 final на Комисията от 1 октомври 2014 г. относно мерки SA.14093 (C 76/2002), приведени в действие от Белгия в полза на летище Brussels South Charleroi и Ryanair (ОВ L 325, 30.11.2016 г., стр. 63); съображения 190, 191 и 257 и член 2, параграф 2 от Решение C(2014) 5084 final на Комисията от 23 юли 2014 г. относно мерките, приети от Германия във връзка с дела Airport Niederrhein (Weeze) и Flughafen Niederrhein GmbH — SA.19880 и SA.32576 (ex NN/2011, ex CP/2011) (ОВ L 269, 15.10.2015 г., стр. 1); съображение 120 от Решение 2009/613/ЕО на Комисията от 8 април 2009 г. относно мерки C 7/07 (ex NN 82/06 и NN 83/06), приведени в действие от Обединеното кралство в полза на Royal Mail (ОВ L 210, 14.8.2009 г., стр. 16); съображение 139 и член 1 от Решение C(2019) 6836 final на Комисията от 20 септември 2019 г. относно мярка SA.34402 - 2015/C (ex 2015/NN), приведена в действие от Германия в полза на Hochschul-Informations-System GmbH (ОВ L 74, 11.3.2020 г., стр. 22); и по-специално в случаи на приватизация съображение 102 от Решение 2008/722/ЕО на Комисията от 10 май 2007 г. относно държавната помощ, която Гърция възнамерява да отпусне за схемата за ранно доброволно пенсиониране на ОТЕ (ОВ L 243, 11.9.2008 г., стр. 7).

([39]) Вж. съображение 307 от Решение 2008/765/ЕО на Комисията от 11 декември 2007 г. относно помощ № C 7/06 (ex NN 83/05), отпусната от Финландия за Tieliikelaitos/Destia (ОВ L 270, 10.10.2008 г., стр. 1).

([40]) Вж. съображение 157 от Решение C(2012) 1834 final на Комисията от 21 март 2012 г. относно мярка SA.31479 (2011/C) (ex 2011/N), която Обединеното кралство планира да приведе в действие за Royal Mail Group (ОВ L 279, 12.10.2012 г., стр. 40).

([41]) Мерките допринасят за постигането на цел от общ интерес, а именно приватизацията и по този начин отварянето на пазара в сектора на казината в провинция СРВ.

([42]) Стъпките, предприети в настоящия случай, т.е. вливането на капитал с цел компенсиране на структурното неизгодно положение, са важни етапи в адаптирането на предприятието към постепенното либерализиране в сектора на казината в Северен Рейн-Вестфалия. Благодарение на тези мерки частни инвеститори ще бъдат склонни да придобият WestSpiel, което ще доведе до неговата приватизация. Следователно мерките са необходими за осъществяването на приватизацията на WestSpiel и за отварянето на пазара в сектора на казината.

([43]) Мерките имат за цел единствено да компенсират неблагоприятното конкурентно положение на държавното дружество спрямо неговите конкуренти. Германия обясни, че данъчната тежест за WestSpiel се различава значително от данъчната рамка за частните дружества, работещи в сектора на хазарта като цяло, и въпросните мерки не водят до „свръхкомпенсация“. Сравнението на данъчната тежест показва, че през съответния период от 2006 г. нататък данъчната тежест за WestSpiel през 13 от общо 14 години е била значително по-висока от тази, която би била приложима съгласно обичайните данъчни правила за дружествата. Само за периода 2009—2013 г. провинция Северен Рейн-Вестфалия е успяла да събере общо 253,2 милиона евро от налозите съгласно членове 12—14 от SpielbG NRW (стара редакция). При липса на държавна намеса дружеството по същество не би било в състояние да се конкурира с конкурентите си.

([44]) Германия обяснява, че Комисията е одобрила помощ в подобни случаи, например в Решение 2005/345/ЕО на Комисията от 24 февруари 2004 г. относно помощ за преструктуриране, приведена в действие от Германия в полза на Bankgesellschaft Berlin AG (ОВ L 116, 4.5.2005 г., стр. 1).

5.1. **Становища от WestSpiel**

5.1.1. *Предполагаемото покриване на годишните загуби*

(87) Що се отнася до предполагаемото покриване на годишните загуби, WestSpiel обяснява, че твърдяната компенсация за загубите, платена от NRW.BANK в полза на WestSpiel, не надвишава обичайния дял от загубите, понасяни от съдружник с ограничена отговорност в командитно дружество, което работи на загуба. По-специално, няма свързано вливане на нов капитал. Няма и мярка, която може да бъде приписана на държавата, тъй като изразходването на капитал се осъществява автоматично в случай на загуби от страна на командитното дружество, т.е. независимо от всяко решение на съдружника с ограничена отговорност.

5.1.2. *Предполагаемото вливане на капитал от 2015 г.*

(88) Що се отнася до вливането на капитал от 2015 г., WestSpiel изтъква, че не е получило никакъв свеж капитал от своя акционер. По-скоро, по споразумение със своя акционер, то е продало част от собствените си активи (т.е. две картини на Анди Уорхол), за да си осигури достатъчна ликвидност за необходимото преструктуриране.

(89) WestSpiel твърди, че макар и да е вярно, че в резултат на предвиденото в член 14, параграф 1 от SpielbG NRW (стара редакция) използване на 75 % от печалбата постъпленията от продажбата на двете произведения на изкуството да е трябвало първоначално да бъдат прехвърлени на провинция СРВ, това не е представлявало самостоятелна мярка. Всъщност това прехвърляне на средства е било само междинна стъпка в многоетапна сделка, чиито замисъл и цел от самото начало са били приходите от продажбата да се използват за връщането им на WestSpiel. Тези средства са щели да бъдат необходими за преструктурирането на WestSpiel чрез непряко дялово участие на NRW.BANK в неговия дружествен капитал. Без увереността, че постъпленията ще бъдат (частично) „повторно влети“ във WestSpiel, ръководството на WestSpiel никога не би се съгласило на продажба на картините, тъй като тази продажба би се оказала крайно вредоносна за дружеството.

(90) WestSpiel също така обяснява, че в контекста на вътрешногруповото преструктуриране от 13 януари 2021 г. (вж. съображение 29) непрякото дялово участие във WestSpiel е било прекратено. Първата вноска в размер на 35 милиона евро е била изплатена от WestSpiel (от собствените му ликвидни средства) на 19 януари 2021 г. Останалата сума е била изплатена през второто тримесечие на 2021 г. след одобрението на годишния финансов отчет на WestSpiel, включващ втората и последна вноска (вж. съображение 81, шесто изречение).

5.2. **Становища на жалбоподателите**

5.2.1. *Предполагаемото покриване на годишните загуби*

(91) Що се отнася до предполагаемото покриване на годишните загуби, жалбоподателите не излагат никакви становища, а се ограничават до искането Германия да бъде задължена да гарантира, че WestSpiel ще възстанови на NRW разходите за покриването на годишните загуби, за което се твърди, че е предоставено от 2009 г. нататък.

5.2.2. *Предполагаемото вливане на капитал от 2015 г.*

(92) Що се отнася до предполагаемото вливане на капитал от 2015 г., жалбоподателите поддържат и доразвиват позицията си, застъпена и по дела SA.44944 и SA.53552, че използването на печалбата, предвидено в член 14 от SpielbG NRW (стара редакция), технически не представлява данък, а разпределяне на печалба в полза на провинция СРВ в ролята ѝ на доверителен собственик на непрякото дялово участие на NRW.BANK във WestSpiel.

(93) Жалбоподателите обясняват, че противно на заключенията на Комисията в съображения 83 и 84 от решението за откриване на процедурата, единствено законодателството на съответната държава членка би било решаващо във всички случаи за квалифицирането на даден налог като данък във връзка с прилагането на правото на Съюза в областта на държавните помощи. С други думи, според жалбоподателите дадена мярка, която се разследва съгласно законодателството на Съюза за държавните помощи, би била данък единствено ако националното законодателство я класифицира като такъв. Въпреки това, добавят жалбоподателите, в никакъв случай не е необходимо механизмът за използване на печалбата съгласно член 14 от SpielbG NRW (стара редакция) да се квалифицира като данък, за да се стигне до заключението, че вливането на капитал, което е предмет на настоящата жалба, представлява неправомерна държавна помощ. Това е така, тъй като дори и да не се разглежда като данък, а като разпределяне на печалбата в полза на (непрекия) съдружник, характерът на държавна помощ на вливането на капитал би се дължал на неизпълнението на предпоставките на ПИУПИ по причините, изложени от Комисията в съображения 90—93 от решението за откриване на процедурата.

6. ОЦЕНКА

6.1. Наличие на държавна помощ

(94) Съгласно член 107, параграф 1 от ДФЕС „всяка помощ, предоставена от държава членка или чрез ресурси на държава членка, под каквато и да било форма, която нарушава или заплашва да наруши конкуренцията чрез поставяне в по-благоприятно положение на определени предприятия или производството на някои стоки, доколкото засяга търговията между държавите членки, е несъвместима с вътрешния пазар“.

(95) Дадена мярка се квалифицира като държавна помощ, ако са изпълнени следните кумулативни условия: а) мярката може да бъде приписана на държавата членка и е предоставена чрез държавни ресурси; б) тя предоставя избирателно икономическо предимство на определени предприятия или на производството на някои стоки; в) предимството нарушава или заплашва да наруши конкуренцията; и г) мярката засяга търговията в рамките на ЕС.

(96) В следващите раздели Комисията ще оцени критериите на определението за държавна помощ по член 107, параграф 1 от ДФЕС за всяка от двете мерки, за които е подадена жалбата.

6.1.1. *Предполагаемото покриване на годишните загуби в периода 2009—2015 г.*

(97) Що се отнася до мярката за покриване на годишните загуби, основният въпрос е дали тази мярка е предоставила предимство на WestSpiel. Комисията счита, че покриването на годишните загуби не би предоставило предимство на WestSpiel и че следователно поради кумулативния характер на критериите по член 107, параграф 1 от ДФЕС наличието на държавна помощ може да бъде изключено, без да е необходимо да се оценяват другите критерии.

(98) Предимство по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС е всяка икономическа полза, която предприятието не би могло да получи при нормални пазарни условия, т.е. при липса на държавна намеса ([45]). От значение е единствено въздействието на мярката върху предприятието, а не причината или целта на държавната намеса ([46]). Налице е предимство, когато финансовото положение на дадено предприятие се е подобрило вследствие на държавната намеса ([47]), предоставена при условия, различни от нормалните пазарни условия. За да се оцени този фактор, финансовото състояние на предприятието след мярката следва да бъде сравнено с неговото финансово състояние, ако мярката не е била взета ([48]). Тъй като от значение е единствено ефектът на мярката върху предприятието, не е важно дали предимството е задължително за предприятието, в смисъл че то не е могло да го избегне или откаже ([49]).

(99) Комисията е на мнение, че покриването на годишните загуби не предоставя предимство на WestSpiel поради две линии на обосновка, тъй като WestSpiel просто е използвало собствения си капитал, когато е изпълнявало задължението си съгласно германското дружествено право (вж. раздел 6.1.1.1), и тъй като съпоставим частен инвеститор би действал по същия начин и следователно мярката е била предоставена при нормални пазарни условия (вж. раздел 6.1.1.2).

6.1.1.1. Автоматично изразходване на капитала

(100) На първо място, в съображение 62 от решението за откриване на процедурата Комисията не беше в състояние да заключи и да вземе окончателно становище по въпроса дали NRW.BANK и провинция СРВ действително са поели (част от) загубите на WestSpiel или са взели решение дали капиталът, необходим за покриване на загубите, ще бъде предоставен, или не, или и двете. На този предварителен етап (вж. съображения 63—65 от решението за откриване на процедурата) Комисията беше на мнение, че капиталовата сметка на NRW.BANK е била дебитирана със загубите на WestSpiel, така че средствата са били прехвърляни от сметка на NRW.BANK на WestSpiel, и че мярката *prima facie* е включвала предимство по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС. Тя обаче прикани Германия да предостави допълнителни разяснения, за да оцени последиците във връзка с държавната помощ от операцията.

([45]) Решение на Съда от 11 юли 1996 г., *SFEI и други*, дело C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, т. 60; решение на Съда от 29 Април 1999 г., *Испания/Комисия*, дело C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, т. 41.

([46]) Решение на Съда от 2 юли 1974 г., *Италия/Комисия*, дело C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, т. 13.

([47]) Терминът „държавна намеса“ не се отнася само до положителни действия от страна на държавата, но обхваща също така факта, че органите не предприемат мерки при определени обстоятелства, например не изискват принудително изпълнение на вземания. Вж. например решение на Съда от 12 октомври 2000 г., *Испания/Комисия*, дело C-480/98, ECLI:EU:C:2000:559, т. 19 и 20.

([48]) Решение на Съда от 2 юли 1974 г., *Италия/Комисия*, дело C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, т. 13.

([49]) Вж. съображение 69 от Решение 2004/339/ЕО на Комисията от 15 октомври 2003 г. относно мерките, приведени в действие от Италия в полза на RAI SpA (ОВ L 119, 23.4.2004 г., стр. 1); заключение на генералния адвокат Fennelly от 26 ноември 1998 г., *Франция/Комисия*, C-251/97, EU:C:1998:572, т. 26.

(101) Както е описано в съображения 63—67, в мненията си по решението за откриване на процедурата Германия обяснява, че WestSpiel всъщност никога не е получило пряка компенсация за загубите си от NRW.BANK в качеството ѝ на единствен съдружник с ограничена отговорност, а в действителност само е използвало собствения си капитал (внесен през 1978 г. и 2002 г.), за да компенсира натрупаните си загуби; т.е. не е имало преки плащания от NRW.BANK. Германия се позовава вместо това на механизма за компенсиране на загубите чрез автоматично приспадане от капиталовата сметка на дружеството съгласно германското дружествено право.

(102) Въз основа на тези позиции и поради следните причини Комисията счита, че покриването на годишните загуби не е предоставило предимство на WestSpiel, тъй като не е включвало прехвърляне на средства извън дружеството и е представлявало чисто правен автоматизъм за компенсиране на загубите на WestSpiel в рамките на собствените му сметки съгласно задължението по германското дружествено право.

(103) Покриването на годишните загуби всъщност е само последица от задължението по член 161, параграф 2 от HGB във връзка с член 120 от HGB (стара редакция), според което в случай на годишни загуби, регистрирани в счетоводния баланс на командитно дружество, загубите, разпределени на даден съдружник, автоматично се приспадат от дела от капитала. Следователно делът от годишните загуби на NRW.BANK като единствен съдружник с ограничена отговорност във WestSpiel е бил приспаднат от вече съществуващия собствен капитал на дружеството и не е изисквал внасяне на нов капитал извън дружеството. Поради този чист модел на правен автоматизъм държавата също не е участвала в процеса и не е било взето активно решение за предоставяне на покриване на годишните загуби.

(104) Следователно, противно на констатациите на Комисията в съображение 63 от решението за откриване на процедурата, не е извършено прехвърляне на средства от капиталова сметка на NRW.BANK към WestSpiel; в действителност, съгласно механизма за компенсация, предвиден в HGB, загубите на WestSpiel са били незабавно компенсирани в края на всяка година в рамките на собствения капитал на дружеството (който някога е бил предоставен от NRW.BANK като единствен съдружник с ограничена отговорност във WestSpiel) и следователно механизмът се е прилагал единствено в рамките на собствените сметки на WestSpiel. Съответно WestSpiel не е получило никакви плащания извън дружеството и следователно икономическото му положение не е било подобрено чрез механизма за покриване на загуби.

6.1.1.2. Поведение на съпоставим частен инвеститор

(105) На второ място, Комисията преразгледа позицията си, изложена в съображение 64 от решението за откриване на процедурата, че самият факт, че NRW.BANK е приела по-нататъшните загуби на WestSpiel въпреки многократните загуби през предходните години, без да извърши предварителна оценка дали да запази дяловото си участие във WestSpiel, или да го ликвидира, за да съхрани частта от капитала, която все още не е загубена, може да представлява неправомерно предимство, тъй като не може да се приеме, че частен инвеститор при сравними обстоятелства би действал по този начин. Както е обяснено в съображение 68, Германия счита, че това съмнение не е оправдано. За да обясни, че частен инвеститор действително би действал по същия начин, Германия описва два различни сценария на действие от страна на NRW.BANK (ликвидация и продажба на WestSpiel).

(106) Въз основа на допълнителната информация, предоставена от Германия, и с оглед на следващата по-долу оценка Комисията счита, че частен инвеститор при сравними обстоятелства не би избрал един от алтернативните сценарии — ликвидацията или продажбата на WestSpiel (съпоставителни сценарии) — пред предоставянето на годишното покриване на загубите (фактически сценарий), тъй като последният е най-рационалният. WestSpiel би получило същата икономическа полза при нормални пазарни условия и (в допълнение към причините, представени в раздел 6.1.1.1) покриването на годишните загуби не е предоставило предимство на WestSpiel.

— *Оценка на съпоставителните сценарии (ликвидация и продажба)*

— *Сценарий 1: ликвидация на WestSpiel*

(107) В мненията си по решението за откриване на процедурата Германия обяснява, че през разглеждания период 2009—2015 г. NRW.BANK не би могла да запази първоначалната си дялова вноска във WestSpiel чрез ликвидация на дружеството (вж. съображения 69—71), тъй като ликвидационната стойност на WestSpiel би била явно отрицателна след процеса на обявяване в несъстоятелност/ликвидиране въз основа на член 143 и следващите от HGB и член 730 и следващите от BGB.

(108) Комисията е съгласна с Германия, доколкото тя обяснява, че ликвидацията на WestSpiel не би била икономически обоснована алтернатива на покриването на годишните загуби, тъй като следващите съображения действително показват, че ликвидационната стойност на WestSpiel би била отрицателна.

— *Ликвидационна стойност според описанието на процеса от Германия*

(109) Като описва теоретичната система и процес на ликвидация на WestSpiel, Германия обяснява по подробен и разбираем начин защо капиталът, необходим за удовлетворяване на кредиторите съгласно член 148, параграф 5, първо изречение от HGB, би надхвърлил наличния капитал на WestSpiel. От това описание Комисията разбира, че трябва да бъде взета предвид компенсацията за голям брой задължения към трети страни, включително значителни пенсионни задължения, разходи за прекратяване на договори (например трудови договори и договори за наем) и ликвидация на дълготрайни и текущи активи, която води до значително намаляване на балансовите стойности на WestSpiel.

(110) Освен това Комисията потвърждава довода, представен от Германия, че вноската на NRW.BANK също непременно би била засегната в смисъл, че само в случай на положително салдо за NRW.BANK би останала стойност на вноската (вж. член 171, параграф 1 от HGB във връзка с член 167, параграф 3, член 149, първо изречение, член 161, параграф 2 от HGB) (вж. съображение 70). Комисията пояснява, че член 171, параграф 1 от HGB във връзка с член 167, параграф 3 от HGB (стара редакция) гласи, че съдружникът с ограничена отговорност е пряко отговорен пред кредиторите на дружеството, но тази отговорност е ограничена до капиталовата инвестиция/остатъчната дялова вноска (*Haftsumme*) на съдружника. В този контекст Комисията отбелязва, че тази ограничена отговорност се отнася и за процеса на ликвидация. Останалата част от дяловата вноска на съдружника с ограничена отговорност, възлизаща на 35,5 милиона евро, първоначално внесени от NRW.BANK (вж. съображение 28), би била част от този капитал, изразходен за компенсиране на задълженията на дружеството.

(111) Комисията отбелязва, че Германия е представила подробен анализ на сценария за ликвидация на WestSpiel, но без да предостави никакви обосновани доказателства за твърдението, че ликвидационната стойност е отрицателна, например чрез обосноваване на отделните задължения на WestSpiel към трети страни с конкретни стойности. Германия само бегло споменава *приблизителни изчисления*, които не са подкрепени с доказателства по никакъв начин.

— *Ликвидационна стойност според годишния финансов отчет на WestSpiel*

(112) Доводът, изтъкнат от Германия (*ликвидационната стойност на WestSpiel би била отрицателна*), за да се отхвърли сценарият за ликвидация, във всеки случай се потвърждава от констатациите в годишните счетоводни отчети и в годишните консолидирани счетоводни отчети/докладите за управление на групата за WestSpiel, изготвени от [друго реномирано одиторско дружество] („докладите от [XY]“).

(113) По-специално, съотношението между задълженията и капитала през периода 2009—2015 г., представено в тези документи, би довело до отрицателна ликвидационна стойност на WestSpiel: Според годишния финансов отчет за бюджетната 2009 г. общият размер на задълженията на WestSpiel възлиза на 25,3 милиона евро, а капиталът на дружеството — на 27,9 милиона евро. След това, от бюджетната 2010 г. нататък, размерът на задълженията (22,7 милиона евро) надвишава капитала на WestSpiel (22,1 милиона евро) и ситуацията остава непроменена през годините до 2015 г. Следователно по това време, след като е удовлетворило кредиторите си на основание член 148, параграф 5, първо изречение от HGB чрез компенсиране на задълженията с капитал, WestSpiel действително би показало отрицателна ликвидационна стойност, както предполага Германия.

(114) Въз основа на горната оценка и на описаната от Германия ситуация, както е показано в съображения 69—71, Комисията счита, че към момента на предоставяне на годишното покриване на загубите ликвидацията на WestSpiel не би била икономически обоснована алтернатива на годишното покриване на загубите.

— *Сценарий 2: продажба на WestSpiel*

(115) В мненията си по решението за откриване на процедурата Германия обяснява, че единственият начин, по който NRW.BANK би могла да избегне тежестта, причинена от загубите на WestSpiel, би бил чрез продажба (вж. съображения 72—74). Според Германия продажбата преди 2015 г. би довела до това Германия да не получи задоволителна цена и следователно да понесе натрупаните загуби. Германия представя доказателства под формата на препратка към страница 101 от доклада от [НБП], на която се посочва, че платежният баланс на WestSpiel, дори и с планираното по това време вливане на капитал под формата на непрякото дялово участие, би станал положителен едва през годините 2021—2023. Всъщност, както е обяснено в съображение 30, WestSpiel е окончателно продадено на Gauselmann Group през септември 2021 г. за покупна цена от 141,8 милиона евро.

(116) Поради следните причини Комисията е на мнение, че продажбата на WestSpiel също не би била обмисляна от съпоставим частен инвеститор през периода, в който NRW.BANK е решила да продължи да покрива загубите на WestSpiel.

— *Оценка на общото финансово състояние на WestSpiel от 2009 г. до 2015 г.*

(117) Както и при първия сценарий (вж. съображения 112—114), Комисията отново разгледа доказателствата, предоставени от Германия въз основа на годишните финансови отчети на WestSpiel и на докладите от [XY] за периода 2009—2015 г., и отбелязва, че съдържащите се в тях данни за дейността потвърждават липсата на рационалност на продажбата на WestSpiel през този период.

(118) За първия сценарий (ликвидация) Комисията ограничи оценката си на годишните финансови отчети и докладите от [XY] до съотношението между капитала на WestSpiel и регистрираните му задължения към трети страни. Що се отнася до втория сценарий (продажбата), Комисията счита, че е необходимо да се разгледат допълнително общото икономическо състояние на WestSpiel през различните години и оценката, дадена от консултантите от [XY] относно бъдещото развитие на рентабилността на WestSpiel, за да се оцени рационалността на продажбата.

(119) От наличните годишни финансови отчети и докладите от [XY] Комисията разбира следното по отношение на състоянието на WestSpiel в периода 2009—2015 г.:

— според докладите на [XY] през 2009 г. WestSpiel вече е отбелязало спад на брутните приходи от хазартни дейности, което може да се обясни с промените в националното законодателство по отношение на политиката за забрана на тютюнопушенето в провинция СРВ, която е в сила от 2007 г., и по-строгия контрол върху достъпа до казина, както и с развитието на търговските игри/незаконните онлайн игри и новата система за данъчно облагане на казината в провинция СРВ, която е в сила от 1 януари 2008 г. За 2009 г. WestSpiel регистрира окончателни нетни загуби в размер на 7,9 милиона евро. Към този момент WestSpiel все още подлежи на данъчно облагане с 50 % на брутните приходи от хазартни дейности на своите казина ([50]). Докладът от [XY] показва, че ръководството на WestSpiel, а следователно и NRW.BANK като негов единствен съдружник с ограничена отговорност, са били наясно с тази ситуация и с рисковете, застрашаващи продължаването на дейността на дружеството. Поради това ръководството на WestSpiel е предприело няколко превантивни мерки, като например започване на процес на преструктуриране и отправяне на искания за намаляване на данъка върху казината за определени местоположения на казината.

— През 2010 г. ситуацията се развива подобно на 2009 г. и са предприети допълнителни мерки за намаляване на разходите, като например адаптиране на продукти и оферти. За 2012 г. са прогнозирани окончателни нетни загуби в размер на 12 милиона евро (почти два пъти повече от окончателните нетни загуби от 5,8 милиона евро през 2010 г.).

([50]) Вж. член 12 от SpielbG NRW, въведен с Gesetz des Landes Nordrhein-Westfalen zum Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland от 30 октомври 2007 г.; GV. NRW. Ausgabe 2007 Nr. 24 vom 14.11.2007 Seite 441 bis 460 | RECHT.NRW.DE.

— През 2011 г. в доклада от [XY] се оценява леко подобрение на състоянието на WestSpiel, като нетните загуби са по-ниски и възлизат на 3,5 милиона евро.

— През 2012 г. нетните загуби нарастват до 10,3 милиона евро, а брутни приходи от хазартни дейности на WestSpiel непрекъснато намаляват. Все пак в доклада от [XY] се констатират почти балансирани отчети за тази година благодарение на положителните годишни резултати на казиното в Дуисбург. Въпреки това ръководството очаква огромна тежест за ликвидността на WestSpiel през 2013 г.

— От 2012 г. нататък е в сила новият модел на данъчно облагане на казината с по-ниски брутни приходи от хазартни дейности със ставка от 30 %, както е описано в съображения 31 и 33 ([51]). През 2013 г. WestSpiel отново регистрира нетни загуби в размер на 8,96 милиона евро, което кара ръководството да разработи допълнително преструктуриране с цел осигуряване на ликвидност до 2022 г., включващо продажбата на произведенията на изкуството и вливането на капитал след прилагането на механизма за използване на печалбата, както е описано в съображения 46 и 47. В доклада от [XY] се прогнозира окончателна нетна печалба от 4,4 милиона евро за 2014 г. вследствие на преструктурирането.

— Според доклада от [XY] за 2014 г. в резултат на прилагането на мерките за преструктуриране WestSpiel е постигнало положителен резултат под формата на нетна печалба в размер на 3,3 милиона евро, последван от нетна загуба, по-ниска от 1 милион евро през 2015 г.

(120) Поради това документите, с които разполага Комисията, потвърждават твърдението на Германия, че в нито един момент през периода 2009—2015 г. WestSpiel не би било привлекателна инвестиция за теоретичен купувач поради непрекъснатите си нетни загуби и възникналите затруднения с предизвикателства в законодателството на национално равнище.

(121) Що се отнася до позоваването от страна на Германия на прогнозата за ликвидността на WestSpiel на страница 101 от доклада от [НБП] (въз основа на годишните финансови отчети/докладите от [XY] за 2013 г. и 2014 г.), Комисията отбелязва, че противно на описаното от Германия, анализът не включва положението с вливането на капитал като част от преструктурирането, а развитието на ликвидността на WestSpiel без планираното вливане на капитал (след продажбата на произведенията на изкуството и използването на печалбата). Въпреки всичко това неправилно тълкуване на доклада от [НБП] от страна на Германия не променя становището на Комисията, а допълнително го потвърждава, тъй като графиката в съображение 74 показва, че без вливането на капитал платежният баланс на WestSpiel би останал отрицателен до 2021 г. Следователно според Комисията не е реалистично NRW.BANK да е могла да компенсира загубите, понесени от капитала, предоставен на WestSpiel, с покупната цена, получена от продажбата в този момент.

(122) Освен това, подобно на ликвидацията, продажбата на предприятие е свързана със сложен и продължителен правен процес. Освен общите правила, установени от търговското и дружественото право, съществуват и изисквания на трудовото право, отнасящи се например до прехвърлянето на персонала съгласно член 613a от BGB и изготвянето на социални планове по смисъла на член 112 от германския Закон за условията на заетост (*Betriebsverfassungsgesetz, BetrVG*), както и на данъчното законодателство (като задължението за плащане на данък върху доходите, търговски и корпоративен данък и данък върху добавената стойност) и на конкурентното право (относно евентуално сливане, което подлежи на правилата на ЕС за контрол върху сливанията).

(123) Въз основа на гореизложеното Комисията е на мнение, че продажбата на WestSpiel не би била разумен вариант за Германия по времето, когато е било предоставено покриването на годишните загуби.

— *Оценка на фактическия сценарий (покриване на годишните загуби)*

([51]) Вж. член 12 от SpielbG NRW, изменен с член 3 от Gesetz zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag - Erster GlüÄndStV); GV. NRW. Ausgabe 2012 Nr. 29 vom 22.11.2012 Seite 523 bis 546 | RECHT.NRW.DE.

(124) Комисията е на мнение, че избраният от NRW.BANK фактически сценарий е най-разумният подход от страна на акционер.

(125) По принцип покриването на годишните загуби от акционерите също така е обичайна практика в дружествата, често въз основа на споразумения за прехвърляне на печалби и загуби в рамките на корпоративни структури, сключени между дружеството майка и неговите дъщерни дружества ([52]). Нещо повече, това покриване на годишните загуби може да се разглежда по-скоро като пасивно поведение на инвеститора, тъй като съгласно германското дружествено право акционерите са задължени да компенсират загубите в годишния финансов отчет на дружеството със своя дял в собствения капитал, както е обяснено в съображения 103 и 104, и следователно покриването на годишните загуби се оказва чисто автоматичен механизъм, който не изисква отделно решение на акционера.

(126) Поради това Комисията е на мнение, че дори без експертен доклад или други подкрепящи документи сред трите сценария (незабавна продажба/ликвидация/„непредприемане на действия“) частен инвеститор би избрал третия сценарий.

(127) В този смисъл нито за продажбата на предприятие веднага след като е станало губещо, нито за инвестирането на свеж капитал с цел да не се допусне прекратяване на дейността на (губещо) предприятие може да се каже, че е винаги в съответствие с принципа на инвеститор в условията на пазарна икономика. По-скоро всяко решение (било то продажба, запазване на статуквото или добавяне на свеж капитал) трябва да се преценява по същество, за всеки отделен случай, и да се оценява спрямо поведението на разумен пазарен инвеститор.

— *Заключение относно предимството*

(128) Поради това, с оглед на гореизложеното, Комисията стига до заключението, че предполагаемото покриване на годишните загуби не е предоставило икономическо предимство на WestSpiel, тъй като тези плащания са изразходвали само собствения капитал на WestSpiel (вж. съображения 100—104), както и с оглед на факта, че NRW. BANK е действала по икономически рационален начин, когато е решила да запази дяловата си вноска във WestSpiel, т.е., е имало икономически смисъл да не продава на загуба, а да изчака по-добри времена (дори ако това може да е означавало — евентуално — да продължи да понася загуби, т.е. да види, че капиталът на WestSpiel е намалял дори в по-голяма степен), когато би могла да компенсира това изразходване на капитал, като продаде WestSpiel на печалба.

6.1.2. *Предполагаемото вливане на капитал от 2015 г.*

6.1.2.1. Връзка между механизма за използване на печалбата и вливането на капитал

(129) За да реши дали предполагаемото вливане на капитал трябва да се квалифицира като държавна помощ, Комисията първо трябва да прецени въпроса дали използването на печалбата от 2014 г. ([53]) и вливането на капитал в размер на 64,8 милиона евро от страна на провинция СРВ във WestSpiel през 2015 г. трябва да се разглеждат като две различни мерки, или като една-единствена операция.

(130) Въз основа на предоставената от Германия информация относно системата за вливане на капитал (вж. съображения 48 и 49) следва, че задължението на NRW.BANK да внесе допълнителен дружествен капитал във WestSpiel е станало правно обвързващо на 1 декември 2015 г. в съответствие със споразумението за доверително управление и когато е било изпълнено условието за неуреденото плащане (... *не преди подписването на споразумението за дружество със съучастие...*, както е обяснено в съображение 26). Поради това Комисията счита, че действителната дата на предоставяне на мярката е 1 декември 2015 г. Позицията на Комисията също така не се променя от факта, че средствата за вноски са били прехвърлени от провинция СРВ към NRW.BANK в качеството ѝ на доверителен собственик едва на 10 декември 2015 г. и че окончателното прехвърляне на тези средства от NRW.BANK към WestSpiel е станало на 15 декември 2015 г., тъй като това представлява обикновено завършване на процеса.

([52]) Вж. например Решение C(2011) 632 final на Комисията от 23 февруари 2011 г. относно държавна помощ SA.20255 C 58/06 (ex NN 98/05), приведена в действие от Германия в полза на Bahnen der Stadt Monheim (BSM) и Rheinische Bahngesellschaft (RBG) във Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (ОВ L 210, 17.8.2011 г., стр. 1); Решение C(2011) 3899 на Комисията от 15 юни 2011 г. относно държавна помощ SA.31296 (N 322/2010) — Германия — Kommunale Wasserwerke Leipzig GmbH (ОВ C 1, 4.1.2013 г., стр. 2); Решение C(2024) 2781 final на Комисията от 13 юни 2024 г. относно държавна помощ SA.55744 (2024/C) (ex 2019/FC) — Предполагаема помощ за WestVerkehr (ОВ C, C/2024/4762, 30.7.2024 г., стр. 1); Решение C(2022) 639 final на Комисията от 31 януари 2022 г. относно държавна помощ SA.50952 (2022/C) (ex 2018/FC) — Предполагаеми мерки за държавна помощ в полза на DB Cargo (ОВ C 316, 18.8.2022 г., стр. 20). Тази практика се подкрепя и от член 302, параграф 1 от AktG, който изрично предвижда възможността за покриване на годишната загуба от другата страна по споразумение за контрол или прехвърляне на печалби.

([53]) Въз основа на член 14 от SpielbG NRW (стара редакция) (вж. съображение 32), който изисква WestSpiel да прехвърля на провинция СРВ 75 % от общата си годишна печалба, следователно сума в размер на приблизително 82 милиона евро след продажбата на две произведения на изкуството.

(131) Германия счита, че механизмът за използване на печалбата и вливането на капитал трябва да се разглеждат като една-единствена операция и че провинция СРВ е можела също така да измени член 14 от SpielbG NRW (стара редакция), вместо да влива капитал във WestSpiel.

(132) Според Германия, когато се оценява като едно цяло, използването на печалбата от 2014 г. в размер на около 82 милиона евро, съчетано с „повторното вливане“ на 64,8 милиона евро във WestSpiel от 2015 г., би довело до нетен финансов поток в размер на около 17,2 милиона евро от WestSpiel към държавата. Въз основа на това Германия твърди, че ако изобщо би се приложила такава мярка, тя би довела до неблагоприятни последици за WestSpiel, а не до предимство. Комисията обаче не е съгласна с тази линия на обосновка. Всъщност използването на печалбата и вливането на капитал не са подмерки на една комплексна мярка. Това са две различни мерки, които следват своя собствена логика. В разглеждания случай вливането на капитал не може да се счете за подмярка на една цялостна мярка. Паричните средства, платени от WestSpiel на първия етап в рамките на механизма за използване на печалбата, основаващ се на член 14 от SpielbG NRW (стара редакция), са били дължими като данък и са били взети от държавата в качеството ѝ на носител на публична власт.

(133) Вливането на капитал е отделна мярка, тъй като то ясно произтича от своето естество и предмет, от контекста, от преследваната цел и от правилата, на които се подчинява: за разлика от механизма за използване на печалбата, вливането на капитал не е данъчна мярка, тъй като не се предприема от държавата в качеството ѝ на данъчен орган, а произтича от решение на държавата в ролята ѝ на акционер и следователно на инвеститор. Освен това мерките не са приети нито по едни и същи правила, нито с едни и същи условия на действие. Всъщност механизмът за използване на печалбата е приет още през 2008 г., докато вливането на капитал е предоставено на 1 декември 2015 г., както е обяснено в съображение 130. Споменатият от Германия „двуетапен подход“ (т.е. използването на печалбата от 2014 г. и „повторното вливане“ на капитал от 2015 г.) се е осъществил в тази последователност само в резултат на данъчния режим, който е бил създаден седем години преди това и е бил поддържан след вливането на капитал. Също така не може да се твърди, че това вливане на капитал е било предвидимо към момента на създаване на механизма за използване на печалбата.

(134) Освен това фактът, че провинция СРВ не е изменила SpielbG NRW, за да компенсира „структурното неизгодно положение“, произтичащо от механизма за използване на печалбата, показва, че провинция СРВ е разглеждала механизма за използване на печалбата като външен фактор, а не като част от акционерните споразумения с WestSpiel. Следователно механизмът за използване на печалбата и вливането на капитал не могат да се разглеждат като една-единствена операция, а трябва да се разглеждат като две различни мерки.

— *Заключение относно връзката между механизма за използване на печалбата и вливането на капитал*

(135) Въз основа на гореизложеното Комисията стига до заключението, че доводите на Германия относно наличието на една-единствена операция не могат да се използват за изключване на наличието на предимство, тъй като използването на печалбата и вливането на капитал трябва да се разглеждат като две независими мерки.

6.1.2.2. Оценка на вливането на капитал

(136) Тъй като използването на печалбата и вливането на капитал са самостоятелни мерки (вж. раздел 6.1.2.1), те трябва да бъдат оценени поотделно. Механизмът за използване на печалбата, предвиден в член 14 от SpielbG NRW (стара редакция), не представлява държавна помощ по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС. Още от естеството на механизма за използване на печалбата следва, че не е налице прехвърляне на държавни ресурси, които биха могли да подобрят икономическото положение на предприятието, тъй като потокът от средства преминава от публичното казино към държавата, а не обратното. Поради това в оценката по-долу ще се обърне внимание единствено на вливането на капитал.

6.1.2.2.1. Предприятие

(137) Правилата за държавна помощ се прилагат само когато бенефициерът на мярката е предприятие. Според постоянната съдебна практика на Съда предприятията се определят като субекти, извършващи икономическа дейност, независимо от правния им статут и начина им на финансиране ([54]). Следователно определянето на даден субект като предприятие зависи изцяло от естеството на дейностите му ([55]).

(138) WestSpiel като публично казино предлага услуги (особено услуги за хазартни игри, но също и ресторантьорски услуги) срещу заплащане (входни такси, част от залозите, цени за други услуги) на пазара. Следователно WestSpiel извършва икономически дейности за целите на държавната помощ и следователно може да бъде квалифицирано като предприятие по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС.

6.1.2.2.2. Държавни ресурси и приписване на отговорност на държавата

(139) Само предимства, предоставени пряко или непряко чрез държавни ресурси, представляват държавна помощ по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС ([56]). Държавните ресурси включват всички ресурси на публичния сектор ([57]), включително ресурсите на вътрешнодържавните субекти (децентрализирани, обединени на федеративни начала, регионални или други) ([58]), а при определени обстоятелства, и ресурсите на частни организации. Не е от значение дали дадена институция от публичния сектор е автономна, или не ([59]).

(140) Ресурсите на публичните предприятия също представляват държавни ресурси по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС, тъй като държавата може да ръководи използването на тези ресурси ([60]). За целите на правото в областта на държавните помощи трансферите в рамките на група от публични предприятия също могат да представляват държавна помощ, ако например се прехвърлят ресурси от дружеството майка към нейно дъщерно предприятие (дори и те да представляват едно предприятие от икономическа гледна точка) ([61]). Това, което е от решаващо значение, за да се квалифицират финансовите ресурси като държавни, не е действителното прехвърляне на ресурсите, а фактът, че ресурсите са под контрола на държавата и че държавните органи се разпореждат с тези ресурси ([62]).

(141) В случаите, когато публичен орган предоставя предимство на бенефициер, мярката по дефиниция може да бъде приписана на държавата. Относимостта към държавата обаче не е толкова очевидна, ако предимството е предоставено чрез публични предприятия. В такива случаи е необходимо да се прецени дали публичните органи трябва да бъдат разглеждани като участвали по един или друг начин в приемането на тези мерки ([63]). Самият факт, че мярката е взета от публично предприятие, не е достатъчен per se, за да се счита, че тя може да бъде приписана на държавата ([64]). Поради това дадена мярка, приведена в действие от публичен орган, може да бъде отнесена към държавата въз основа на набор от показатели, зависещи от обстоятелствата в конкретния случай и контекста, в който е била осъществена мярката ([65]).

([54]) Решение на Съда от 12 септември 2000 г., *Pavlov и други*, съединени дела C-180/98 до C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, т. 74; решение на Съда от 10 януари 2006 г., *Cassa di Risparmio di Firenze и др.*, C-222/04, ECLI:EU: C:2006:8, т. 107.

([55]) Вж. съображения 6 и 7 от Известие на Комисията относно понятието за държавна помощ, посочено в член 107, параграф 1 от Договора за функционирането на Европейския съюз (ОВ C 262, 19.7.2016 г., стр. 1).

([56]) Решение на Съда от 24 януари 1978 г., Van Tiggele, дело C-82/77, ECLI:EU:C:1978:10, т. 25 и 26; решение на Общия съд от 12 декември 1996 г., Air France/Комисия, дело T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, т. 63.

([57]) Решение на Общия съд от 12 декември 1996 г., Air France/Комисия, дело T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, т. 56.

([58]) Решение на Съда от 14 октомври 1987 г., Германия/Комисия, дело C-248/84, ECLI:EU:C:1987:437, т. 17; решение на общия съд от 6 март 2002 г., Territorio Histórico de Álava и други/Комисия, съединени дела T-92/00 и 103/00, ECLI:EU:T:2002:61, т. 57.

([59]) Решение на Общия съд от 12 декември 1996 г., Air France/Комисия, дело T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, т. 58 до 62.

([60]) Решение на Съда от 16 май 2002 г., *Франция/Комисия (Stardust)*, дело C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, т. 38; решение на Съда от 29 април 2004 г., *Гърция/Комисия*, дело C-278/00, ECLI:EU:C:2004:239, т. 53 и 54; решение на Съда от 8 май 2003 г., *Италия и SIM 2 Multimedia/Комисия*, съединени дела C-328/99 и C-399/00, ECLI:EU:C:2003:252, т. 33 и 34.

([61]) Решение на Съда от 11 юли 1996 г., *SFEI и други*, дело C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, т. 62.

([62]) Решение на Съда от 16 май 2002 г., *Франция/Комисия (Stardust)*, дело C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, т. 36 и 37.

([63]) Решение на Съда от 16 май 2002 г., *Франция/Комисия (Stardust)*, дело C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, т. 52.

([64]) Решение на Съда от 16 май 2002 г. *Франция/Комисия (Stardust)*, дело C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294; решение на Общия съд от 26 юни 2008 г., *SIC/Комисия*, дело T-442/03, ECLI:EU:T:2008:228, т. 93—100.

([65]) Решение на Съда от 16 май 2002 г., *Франция/Комисия (Stardust)*, дело C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, т. 55.

(142) Що се отнася до заключението на Комисията в съображение 94 от решението за откриване на процедурата, че вливането на капитал е предоставено от държавни ресурси, Германия твърди (вж. Съображение 82), че вливането на капитал не е свързано с държавни ресурси, тъй като влятият капитал всъщност е произлязъл от продажбата на две от произведенията на изкуството на WestSpiel и следователно от цената от 114,4 милиона евро, която купувачът е платил за произведенията на изкуството.

(143) Що се отнася до критерия за държавните ресурси, Комисията не е съгласна с довода на Германия, тъй като използването на печалбата в размер на приблизително 82 милиона евро е стъпка, която е извършена между продажбата на произведенията на изкуството и вливането на капитал. Чрез използването на печалбата тази сума е била прехвърлена от WestSpiel към държавата и от този момент не може да се счита, че тези ресурси са били частни, тъй като държавата е упражнявала контрол върху въпросните ресурси.

(144) Що се отнася до относимостта на мярката към държавата, Комисията отбелязва, че решението за вливане на капитал е взето от провинция СРВ, както е описано в съображения 47—49, и че съображенията за покриване на загубите в съображение 70 от решението за откриване на процедурата се прилагат *mutatis mutandis* (вж. съображение 95 от решението за откриване на процедурата). Както е обяснено в него, Комисията отбелязва, че: i) NRW.BANK е насърчителната банка на провинция СРВ, чиято мисия е да подпомага собственика си — провинция СРВ — при изпълнението на задачите му в областта на структурната и икономическата политика, ii) провинция СРВ е гарантът на NRW.BANK и iii) управителните органи, по-специално съветът на гарантите и надзорният орган, са съставени в по-голямата си част от лица, заемащи публични длъжности.

(145) В съображение 70 от решението за откриване на процедурата Комисията също така заяви, че тези съображения ще бъдат предмет на допълнителни разяснения, по-специално по отношение на структурата на NRW.BANK, процесите на вземане на решения в нея и участието на държавата в (евентуални) решения. В този контекст Комисията отбелязва, че:

— съгласно доклада за публичното управление във финансовия отчет на NRW.BANK за 2015 г. ([66]) провинция СРВ е гарант и единствен акционер на NRW.BANK. Във връзка с това провинция СРВ е осигурила на NRW.BANK специфични инструменти за отговорност, а именно институционална отговорност и отговорност на гаранта, и провинция СРВ е предоставила изрична гаранция за рефинансиране;

— NRW.BANK разполага със съвет на гарантите, в който провинция СРВ упражнява правата си в рамките на своите законови правомощия и в качеството си на собственик на NRW.BANK, и упражнява правата си на глас чрез двама представители. Другите членове на съвета на гарантите са министърът на икономическите въпроси на провинция СРВ, министърът на финансите на провинция СРВ и министърът на жилищната политика на провинция СРВ, както и членове по силата на служебни задължения;

— що се отнася до управителния съвет на NRW.BANK, в доклада за публичното управление се обяснява, че в качеството си на надзорен орган на NRW.BANK той има за задача да наблюдава управлението, осъществявано от изпълнителния съвет, и да назначава и освобождава членовете на изпълнителния съвет. През 2015 г. управителният съвет се е състоял от общо 15 членове, от които 7 членове, а следователно и мнозинството, са били подадени от провинция СРВ в качеството ѝ на гарант на NRW.BANK;

— освен това NRW.BANK се контролира допълнително от държавата, по-конкретно от Министерството на вътрешните работи на провинция СРВ и от Министерството на жилищната политика на провинция СРВ (по отношение на областта на жилищното настаняване).

(146) С оглед на представените по-горе показатели Комисията отбелязва, че чрез ролята си на единствен гарант на NRW.BANK, като упражнява правото си на глас чрез своите министри в съвета на гарантите и като е подала мнозинството от членовете на надзорния орган, който контролира действията на изпълнителния съвет на NRW.BANK, провинция СРВ, а следователно и държавата, е упражнявала решаващо влияние върху NRW.BANK и върху решенията, взети в нейните корпоративни органи по времето, когато през 2015 г. е бил вложен капиталът във WestSpiel. Поради това Комисията отбелязва, че за вливането на капитал също може да се счита, че може да бъде приписано на държавата.

(147) Поради това Комисията е на мнение, че по отношение на вливането на капитал от 2015 г. действията на NRW.BANK водят до прехвърляне на държавни ресурси и могат да бъдат приписани на държавата.

([66]) Вж. финансовия отчет на NRW.BANK от 2015 г., стр. 7—23.

6.1.2.2.3. Предимство

(148) Както е описано по-горе, по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС предимството е всяка икономическа полза, която дадено предприятие не би получило при нормални пазарни условия, т.е. в отсъствието на държавна намеса. Съгласно съдебната практика на съдилищата на Съюза, за да се оцени наличието на предимство, следва да се съпостави финансовото състояние на предприятието след мярката с неговото финансово състояние, ако мярката не е била предприета ([67]).

(149) В съображение 76 от решението за откриване на процедурата Комисията счита, че с вливането на свеж капитал в размер на 64,8 милиона евро от страна на провинция СРВ през 2015 г. на WestSpiel е предоставено предимство, ако то се разглежда изолирано. В това отношение Комисията отбеляза, че използването на печалбата, както е признато от Германия, представлява данък по смисъла на германския данъчен кодекс, докато вливането на капитал от 2015 г. има различен характер.

(150) В мненията си по решението за откриване на процедурата Германия твърди, че с вливането на капитал в настоящия случай не е предоставено предимство на WestSpiel, като изтъква пет довода. На първо място вливането на капитал е представлявало просто частично „повторно вливане“ на печалбите, които са били иззети от WestSpiel. На второ място, вливането е било в съответствие с принципа на инвеститор в условията на пазарна икономика, като се има предвид, че чрез вливането на капитал провинция СРВ е действала като частен инвеститор при сравними обстоятелства. На трето място, Германия обяснява, че вливането на капитал не е представлявало държавна помощ, тъй като с него WestSpiel само е компенсирано за своето структурно неизгодно положение (състоящо се във високата данъчна тежест). На четвърто място, Германия твърди, че същият икономически резултат би могъл да бъде постигнат чрез законодателно изменение (облекчаване на данъчната тежест за WestSpiel). На пето място, според Германия всяка теоретична помощ е щяла да бъде възстановена в голяма степен чрез получаване на по-висока цена от продажбата на WestSpiel (вж. раздел 4.2).

6.1.2.2.3.1. Оценка на довода на Германия, че вливането на капитал е в съответствие с ПИУПИ

(151) Както е обяснено в съображение 78, Германия счита, че вливането на капитал, извършено от NRW.BANK през 2015 г., съответства на поведението на частен инвеститор при сравними обстоятелства и следователно би било в съответствие с ПИУПИ. Германия твърди, че вливането на капитал е било необходимо, за да се възстанови рентабилността на WestSpiel и по този начин да се запази вече инвестираният в дружеството капитал. Германия основава своята обосновка, свързана с ПИУПИ, на „краткосрочна“ ([68]) и „дългосрочна“ ([69]) перспектива.

— *Приложимост на ПИУПИ*

(152) Комисията отбелязва, че за да може да се разчита на ПИУПИ, този принцип първо трябва да е възможно да бъде приложен. Това означава, че трябва да е възможно да се сравни поведението на държавата с това на частен инвеститор, който не се ползва с прерогативите и приходите на данъчен орган в отношенията си с дадено предприятие. За да бъде удовлетворен ПИУПИ, държавите членки трябва да докажат недвусмислено и въз основа на обективни и проверими елементи, че приведената в действие мярка произтича от държавата в качеството ѝ на инвеститор. Това доказателство трябва ясно да показва, че преди или едновременно с предоставянето на икономическото предимство съответната държава членка е взела решение, основано на икономически оценки, сравними с тези, които при тези обстоятелства разумен частен инвеститор би извършил преди да направи инвестицията, за да определи бъдещата ѝ рентабилност.

(153) Комисията е на мнение, че Германия не е представила доказателства, отговарящи на тези критерии, и че следователно ПИУПИ не е приложим за вливането на капитал, както е обяснено непосредствено по-долу.

([67]) Решение на Съда от 2 юли 1974 г., Италия/Комисия, дело C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, т. 13.

([68]) Германия обяснява, че вливането на капитал е било в съответствие с ПИУПИ като самостоятелна мярка.

([69]) Германия обяснява, че въз основа на съдебната практика по делото *EDF* тя може да включи в оценката бъдещите по-високи данъчни приходи. Освен това Германия твърди, че вливането на капитал е било необходимо, за да се възстанови рентабилността на WestSpiel и по този начин да се запази капиталът, който вече е инвестиран в дружеството.

(154) Германия твърди, че с доклада от [НБП] е щяла да бъде извършена предварителна оценка. Въпреки това нито докладът от [НБП], нито който и да е друг документ, предоставен от Германия, не отговаря на критериите, описани в съображение 152. Германия не е извършила никаква предварителна оценка на рентабилността на вливането на капитал, противно на това, което би направил един инвеститор в условията на пазарна икономика. ПИУПИ не е приложим към обикновено „повторно вливане“ в предприятие на част от изплатените данъци без никакъв предварителен анализ на рентабилността (вж. по аналогия решението на Общия съд по дело T-747/15, *EDF/Комисия*, и определението на Съда по дело C-221/18 P, *EDF/Комисия*). Следва да се отбележи, че в доклада от [НБП] не се оценява дали вливането на капитал от 2015 г. е било разумна инвестиция, нито пък се оценяват съпоставителните сценарии (ликвидация, продажба или „непредприемане на действия“ вместо вливане на капитал).

(155) Както е обяснено в съображение 91 от решението за откриване на процедурата, Комисията счита, че Германия не е разполагала с елементи, които биха могли да докажат, че чрез вливането на капитал провинция СРВ би генерирала — от предварителна гледна точка — допълнителна възвръщаемост на капитала, която не би генерирала в отсъствието на вливането.

(156) Докладът от [НБП] не съдържа такъв анализ на съпоставителните сценарии — положението на WestSpiel без вливането на капитал, в сравнение с фактическия сценарий — положението на WestSpiel с вливането на капитал. Що се отнася до позоваването от страна на Германия на страница 101 от доклада от [НБП] (вж. съображение 74), както е обяснено в съображение 121, тази прогноза за ликвидността на WestSpiel за периода 2015—2023 г. описва само развитието на дружеството без планираното вливане на капитал (след продажбата на произведенията на изкуството и използването на печалбата), но не включва положението с вливането на капитал.

(157) На страница 106 от доклада от [НБП] е представена прогноза за развитието на ликвидността в периода 2014—2023 г. за сценария с вливане на капитал. Независимо от това анализът на този сценарий остава ограничен до твърденията, че *чрез вливането на капитал WestSpiel KG разполага с положителни финансови ресурси през целия период на планиране* и че ликвидността няма да падне под *минималната ликвидност от 5 милиона евро* и че *леко ще надхвърли минималната ликвидност през второто тримесечие на 2020 г.* Освен тези оценки няма друг анализ, и по-специално обяснение как вливането на капитал ще повлияе конкретно (положително) върху бъдещите финансови резултати на WestSpiel ([70]).

(158) Освен това, също и по отношение на евентуална ликвидация или продажба на WestSpiel като съпоставителни сценарии на вливане на капитал, докладът от [НБП] не съдържа никакво описание или анализ на хипотетичното прилагане на който и да е от тези сценарии.

(159) Поради това Германия не е представила нито подробен бизнес план, нито какъвто и да било друг анализ, сравняващ общия сценарий без вливане на капитал, по-специално конкретните съпоставителни сценарии за „непредприемане на действия“ и за ликвидация или продажба, съдържащи точни, пълни оценки на бъдещата рентабилност и подробни анализи на разходите и печалбите, с фактическия сценарий на вливането на капитал.

— *Заключение относно приложимостта на ПИУПИ*

(160) На тези основания Комисията счита, че ПИУПИ не е приложим по отношение на вливането на капитал.

— *Прилагане на ПИУПИ*

(161) Без да се засяга горната оценка, в която Комисията стига до заключението, че ПИУПИ не е приложим, като втора линия на обосновка Комисията счита, че дори ако ПИУПИ беше приложим, той нямаше да бъде удовлетворен.

(162) Комисията ще разгледа по-долу двете линии на разсъждение („краткосрочна“ и „дългосрочна“ перспектива), представени от Германия, както е обяснено в съображение 78.

— *„Краткосрочна перспектива“ според Германия*

([70]) По-специално, не се споменава развитието на годишните брутни приходи от хазартни дейности.

(163) Първо, що се отнася до „краткосрочната“ перспектива според Германия, както е обяснено в съображение 78, когато се разглежда съответствието на вливането на капитал от 2015 г. с ПИУПИ като самостоятелна мярка (т.е. без да се взема предвид използването на печалбата от данъчните приходи), Комисията не е съгласна, че за частен инвеститор не би имало никаква алтернативна възможност на модела, включващ трите стъпки (продажбата на произведенията на изкуството/използването на печалбата/вливането на капитал), и че единствената възможна алтернатива би била да не приложи мерките и следователно да загуби цялата стойност на дела на NRW.BANK във WestSpiel, както и перспективата за бъдещи приходи.

(164) Комисията е на мнение, че противно на нейната позиция по отношение на съпоставителните сценарии за покриването на годишните загуби, ликвидацията или продажбата на WestSpiel биха били икономически по-разумни варианти в сравнение с вливането на капитал, извършено от NRW.BANK през 2015 г. Подобно вливане на капитал, извършено с цел да не се допусне прекратяване на дейността на предприятието, отговаря на ПИУПИ само когато може да се очаква (въз основа на предварителни съображения), че ще доведе до резултат, който е по-добър от другите два варианта. Във всеки случай такава проверка трябва да се извърши предварително.

(165) Комисията оцени съпоставителните сценарии (ликвидация или продажба на WestSpiel, или „непредприемане на действия“) спрямо фактическия сценарий (вливане на капитал), избран от NRW.BANK, за да определи дали частен инвеститор при сравними обстоятелства би действал по същия начин.

(166) Оценката се основава главно на годишните финансови отчети на WestSpiel и на докладите от [XY] за 2013 г. и 2014 г., тъй като тези документи представят периода малко преди NRW.BANK да вземе решението за предоставяне на вливане на капитал през декември 2015 г. и следователно са най-подходящи за показване на състоянието на WestSpiel към момента на вливането на капитал ([71]). Комисията също така разгледа прогнозите и плановете за печалбите и загубите, баланса и паричните потоци на WestSpiel за периода 2015—2023 г., представени в доклада от [НБП].

— *Оценка на съпоставителните сценарии: ликвидация и продажба*

(167) Според годишните финансови отчети на WestSpiel и докладите от [XY], както е посочено в съображение 113, размерът на задълженията е надвишавал капитала на WestSpiel през периода 2010—2015 г., а също и през 2013 г. и 2014 г. По-конкретно, отчетите на WestSpiel показват задължения в размер на 17,5 милиона евро и капитал от 9,6 милиона евро през 2013 г. и задължения в размер на 17,6 милиона евро и капитал от приблизително 14 милиона евро през 2014 г. Поради това Комисията е на мнение, че по същата логика през периода, предшестващ вливането на капитал през декември 2015 г., ликвидацията на WestSpiel би била възможна само при отрицателна стойност, т.е. задълженията биха надхвърлили капитала на WestSpiel (вж. съображение 109). Също така, що се отнася до евентуална продажба, стопанската дейност не би била много привлекателна в този момент.

(168) Независимо от това, въпреки голямата вероятност NRW.BANK да не може да запази дела си във WestSpiel чрез ликвидация или продажба през 2013 г. или 2014 г., ликвидацията или продажбата на предприятието или възможността изобщо да не се предприемат действия все пак биха били за предпочитане пред вливането на капитал. По-специално, годишните финансови отчети на WestSpiel трябва да бъдат оценени от различна гледна точка за вливането на капитал и за покриването на годишните загуби, тъй като ситуациите не са сравними:

— на първо място, един разумен частен инвеститор не би вложил допълнителен капитал, за да укрепи предприятие, ако вече направените значителни инвестиции в миналото (покриването на годишните загуби от 2009 г. нататък) не са показали никакъв положителен резултат във финансовото състояние на предприятието. Както е описано в съображение 119, положението на WestSpiel не се е подобрило поради покриването на годишните загуби; напротив, годишните брутни приходи от хазартни дейности са продължили да намаляват, а годишните нетни загуби са останали високи до продажбата на произведенията на изкуството през 2014 г. През 2014 г. WestSpiel реализира ниски нетни печалби. Към момента на вземане на решението за вливането на капитал през 2014 г. частен инвеститор би бил в състояние да оцени ефекта от годишното покриване на загубите, предоставено на WestSpiel през последните пет години, и да направи заключението, че състоянието на предприятието продължава да се влошава. Следователно един разумен инвеститор не би вложил допълнителен капитал, поемайки риска от още по-големи финансови загуби, а вместо това би пристъпил незабавно към ликвидация или продажба на предприятието;

([71]) Докладът от [НБП] се основава също така на бизнес информацията на WestSpiel за 2013 г. и 2014 г., вж. страница 114 от доклада от [НБП].

— на второ място, покриването на годишните загуби представлява изцяло пасивно поведение на акционер, което не изисква конкретно действие или активно решение, тъй като процесът, при който акционерите на командитно дружество покриват загубите от собствения капитал, произтича от задължение съгласно германското дружествено право (вж. съображения 103 и 104). Противно на това решението за вливане на нов капитал е активно решение, което не се дължи на чист правен автоматизъм. Поради това прагът за инвеститора е много по-висок, преди да вземе решение за предоставяне на вливане на капитал, и следователно тази мярка трябва да бъде проверена по-строго, отколкото ситуацията на „непредприемане на действия“, свързана с покриването на годишните загуби;

— на трето място, дори ако Комисията заяви по отношение на покриването на загубите, че то може да бъде разбираемо за акционер, който е направил значителна инвестиция (първоначалната дялова вноска) и е приемал загуби в предприятието в продължение на дълъг период от време, да се въздържи от ликвидация или продажба на дружеството (вж. съображения 107—125), това не се отнася за вливането на капитал. Комисията е на мнение, че този довод не може да се прилага за неограничен период от време и за неограничен размер на загубите, понасяни от дадено предприятие, тъй като това би довело до възможността инвеститорът да направи първоначална инвестиция в дадено предприятие и след това да приема загуби или да извършва допълнителни плащания, без да е длъжен когато и да било да оценява отново рентабилността и рационалността на продължаващата инвестиция;

— на четвърто място, Комисията взема под внимание доста положителната прогноза за финансовото състояние на WestSpiel за периода 2021—2023 г., когато се е очаквала промяна от отрицателен към положителен платежен баланс (вж. съображения 74 и 121). Независимо от това за съпоставим частен инвеститор не би било приемливо да се въздържи от ликвидация или продажба през 2015 г. (когато е извършено вливането на капитал) и да изчака до прогнозираното подобряване на финансовото състояние на дружеството. Периодът между 2015 г. и 2021 г. все пак е много дълъг и не би било разумно да се иска от акционер да отложи спешно и необходимо решение с още шест години. По-конкретно, трябва да се вземат предвид допълнителните загуби, които акционерът вероятно би понесъл през тези години, както и икономическата и финансова несигурност, като се има предвид, че прогнозата все още предвижда отрицателен платежен баланс на WestSpiel до преломния момент, най-после настъпващ през 2021 г. Във всеки случай разумната алтернатива на продажбата или ликвидацията през 2015 г. не би било вливането на капитал поради представените по-горе причини, а само възможността акционерът да не предприема никакви действия и да приеме допълнително годишно покриване на загубите съгласно автоматичния механизъм в HGB, каквато вече е била практиката през предходните години.

— *Заключение относно оценката на съпоставителните сценарии*

(169) Ето защо въз основа на доводите, представени в оценката на конкретните съпоставителни сценарии, Комисията стига до заключението, че съпоставим частен инвеститор би предпочел да ликвидира или продаде предприятието или изобщо да не предприема действия, вместо да предприеме друга инвестиция, като дори влее допълнителен капитал в цялостно губещо предприятие, рискувайки да загуби освен останалия засегнат капитал и новите инвестирани суми.

— *„Дългосрочната перспектива“ според Германия*

(170) Що се отнася до „дългосрочната“ перспектива според Германия, както е обяснено в съображение 78, Комисията счита, че с оглед на съдебната практика по делото EDF ([72]) трябва да се разграничат действията на държавата в качеството ѝ на инвеститор, от една страна (в рамките на която роля тя е извършила вливането на капитал), и действията ѝ в качеството ѝ на носител на публична власт (в рамките на която роля тя е получила печалбата).

([72]) Решение на съда от 5 юни 2012 г., *Комисия/EDF*, дело C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318.

(171) Както е посочил Съдът, за целите на преценката на въпроса дали същата мярка би била приета при нормални пазарни условия от частен оператор, който се намира в положение, възможно най-близко до това на държавата, трябва да се вземат предвид единствено печалбите и задълженията, свързани с положението на последната в качеството ѝ на частен оператор, като се изключат тези, които са свързани с качеството ѝ на носител на публична власт ([73]).

(172) Що се отнася до довода на Германия, че допълнителните ([74]) данъци за WestSpiel следва да бъдат включени в приходите при оценката на съответствието на вливането на капитал с ПИУПИ, Комисията отбелязва, че подобно съображение не е сред елементите, които един инвеститор в условията на пазарна икономика би взел предвид.

(173) Съдебната практика не позволява да се заключи, че предимство под формата на вливане на капитал в предприятие може да бъде неутрализирано чрез плащане на данъци върху печалбата на предприятието. В този смисъл, дори ако вливането на капитал е било необходимо, за да се запази предприятието и да се избегне процедура по несъстоятелност, както е обяснено в съображения 152—159, не е имало достатъчно предварителни доказателства, че инвестицията се е очаквало да донесе печалби или да доведе до избягване на допълнителни загуби (в сравнение със съпоставителните сценарии, а именно ликвидацията или продажбата на WestSpiel).

— *Заключение относно прилагането на ПИУПИ*

(174) С оглед на оценката на съпоставителните сценарии въз основа на достъпната за Комисията информация относно финансовото състояние на WestSpiel към момента на решението за вливането на капитал от 2015 г. (вж. съображение 167) и на заключението на Комисията, че плащането на данъци не може да неутрализира предимството (вж. съображение 173), Комисията счита, че мярката не е в съответствие с ПИУПИ.

(175) Комисията приема, че тъй като WestSpiel е било на загуба, един разумен частен инвеститор не би решил да влее допълнителен капитал в него, без да извърши оценки, дори приблизителни, които показват разумни вероятности за извличане на бъдещи печалби и които при необходимост включват евентуалното прехвърляне или ликвидация на дружеството ([75]).

6.1.2.2.3.2. Предполагаема компенсация за структурното неизгодно положение

(176) Германия твърди (вж. съображение 79), че с вливането на капитал от 2015 г. на WestSpiel не е предоставено предимство и следователно то не представлява държавна помощ, тъй като с него WestSpiel се компенсира за неговото структурно неизгодно положение, изразяващо се в облагането му с по-високи данъци, отколкото конкурентите му в частния сектор (в съответствие със съдебната практика по делото *Combus* ([76])). По-специално член 14 от SpielbG NRW (стара редакция) не позволява на WestSpiel да използва приходите от продадените активи (т.е. извънредните приходи от продажбата на произведенията на изкуството).

(177) Комисията обаче не е съгласна с Германия. В по-новото решение по делото *Orange* ([77]) Съдът поясни, че макар компенсацията за структурно неизгодно положение да е съвместима с вътрешния пазар, при определени обстоятелства тя все пак представлява държавна помощ. По-конкретно, в точка 44 от решението Съдът уточнява, че с изключение на случаите на услуги от общ икономически интерес, които попадат в обхвата на критериите по делото *Altmark* ([78]), икономическо предимство, предоставено чрез държавни ресурси, трябва да се счита за държавна помощ, ако са изпълнени всички останали условия за наличието на помощ.

([73]) Решение на Съда от 6 март 2018 г., *Комисия/FIH Holding and FIH Erhversbank*, дело C-579/16 P, EU:C:2018:159, т. 55; решение на Съда от 5 юни 2012 г., *Комисия/EDF*, дело C-124/10 P, EU:C:2012:318, т. 79 и цитираната в нея съдебна практика; решение на Съда от 24 октомври 2013 г., *Land Burgenland и др./Комисия*, съединени дела C-214/12 P, C-215/12 P и C-223/12 P, EU:C:2013:682, т. 52.

([74]) Данъци, генерирани от вливането на капитал от държавния бюджет на провинция СРВ.

([75]) Решение на Общия съд от 25 юни 2015 г., *SACE и SACE BT/Комисия*, дело T-305/13, ECLI:EU:T:2015:435, т. 178—180.

([76]) Решение на Общия съд от 16 март 2004 г., *Danske Busvognmænd/Комисия*, T-157/01, ECLI:EU:T:2004:76, т. 57.

([77]) Решение на Съда от 26 октомври 2016 г., *Orange/Комисия*, дело C-211/15 P, ECLI:EU:C:2016:798, т. 22—34.

([78]) Решение на Съда от 24 юли 2003 г., *Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg*, дело C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

(178) Освен това Комисията отбелязва, че и двете решения по делата *Combus* и *Orange* се отнасят до компенсаторни мерки, целящи покриване на необичайни разходи в сравнение с тези на конкурентите от частния сектор. В разглеждания случай обаче мярката не е насочена към преодоляване на „структурно“ неблагоприятно положение, а по-скоро представлява еднократна продажба на активи, която позволява на предприятието да продължи да функционира, въпреки че има нерентабилен бизнес модел.

(179) С оглед на гореизложеното Комисията стига до заключението, че вливането на капитал от 2015 г. не може да се разглежда като несъдържащо държавна помощ на основание, че представлява компенсация за структурното неизгодно положение на WestSpiel.

6.1.2.2.3.3. Твърдяна липса на предимство, тъй като същият икономически резултат би могъл да бъде постигнат чрез законодателни изменения

(180) Освен това Германия обяснява (вж. съображение 80), че същият икономически резултат от вливането на капитал би могъл да бъде постигнат чрез законодателни изменения, т.е. чрез промяна на данъчния режим, приложим за WestSpiel.

(181) Комисията счита, че този довод не е от значение за въпроса дали с вливането на капитал от страна на NRW.Bank през 2015 г. на WestSpiel е предоставено предимство. Комисията отбелязва, че този довод е само хипотетичен и не се е реализирал на практика. Всъщност, въпреки теоретичната възможност, държавата де факто не се е възползвала от тази възможност, а е предпочела да запази данъчния режим, приложим за WestSpiel, и е прибягнала до вливане на капитал. За тази цел Комисията не може да продължи с оценката на това дали WestSpiel би имало предимство при теоретичния сценарий за внасяне на законодателни изменения поради простата причина, че законодателните изменения не са били осъществени на практика.

6.1.2.2.3.4. Предполагаемото възстановяване на балансовата стойност на непрякото дялово участие на провинция СРВ е равносилно до голяма степен на възстановяване на (предполагаемата) държавна помощ

(182) Германия изтъква също (вж. съображение 81), че възстановяването на балансовата стойност на непрякото дялово участие на провинция СРВ от WestSpiel на СРВ би било равносилно на възстановяване на (предполагаемата) държавна помощ, в случай че такава помощ е съществувала. В този смисъл според Германия (по-високата) цена, която спечелилият участник в търга би платил в рамките на текуща (към онзи момент) тръжна процедура, би отразила по-високата стойност, която дружеството би имало, тъй като е получило държавна помощ.

(183) Комисията отбелязва, че теоретичната възможност (обмисляна преди продажбата на WestSpiel през септември 2021 г.) за получаване на по-висока цена в рамките на тръжна процедура не е достатъчна, за да се изключи наличието на предимство, получено чрез вливането на капитал от 2015 г., или да се попречи на бенефициера да продължи да се възползва реално от полученото чрез това вливане предимство ([79]). Това е така, тъй като предимството трябва да бъде оценено към момента на предоставяне на помощта, така че теоретичната хипотеза за увеличена стойност на предприятието в бъдеще може да бъде от значение, но фактът, че непрякото дялово участие е било възстановено по-късно, не е от значение.

(184) Във всеки случай Комисията стига до заключението, че този довод не се отнася до наличието на самата държавна помощ, а по-скоро до оставащия размер на помощта, която трябва да бъде възстановена, след като сделката за продажбата на WestSpiel е била сключена и продажната цена е била платена.

— *Заключение относно предимството*

(185) Поради това Комисията заключава, че с вливането на капитал на WestSpiel е предоставено предимство по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС.

([79]) Решение на Съда от 1 октомври 2015 г., *Electrabel and Dunamenti Erőmű/Комисия*, дело C-357/14 P, ECLI:EU:C:2015:642, т. 116.

6.1.2.2.4. Избирателност

(186) Що се отнася до критерия за избирателност, съществува презумпция, че оценяваните мерки са избирателни, тъй като единственият бенефициер е WestSpiel. Тъй като в настоящия случай не съществува елемент, който да опровергае тази презумпция, Комисията заключава, че оценяваните мерки са избирателни. Този факт също така не е оспорен от Германия.

6.1.2.2.5. Нарушаване на конкуренцията и въздействие върху търговията

(187) По отношение на критерия за нарушаване на конкуренцията Комисията отбелязва, че за мярка, предоставена от дадена държава, се счита, че нарушава или заплашва да наруши конкуренцията, ако е вероятно тя да засили конкурентната позиция на бенефициера спрямо другите предприятия, с които той се конкурира. С практическа цел по принцип се установява нарушаване на конкуренцията по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС, когато държавата предоставя финансово предимство на предприятие в либерализиран сектор, където съществува или би могла да съществува конкуренция ([80]). По отношение на критерия за засягане на търговията в рамките на Съюза, общоприето е, че не е необходимо да се доказва, че помощта оказва действително въздействие върху търговията между държавите членки, а само дали помощта би могла да засегне тази търговия. По-специално, съдилищата на Съюза са постановили, че *когато държавната финансова помощ засилва позицията на дадено предприятие в сравнение с други предприятия, които се конкурират във вътрешната за Съюза търговия, последната трябва да се разглежда като засегната от помощта* ([81]).

(188) Както е обяснено в съображение 57 от решението за откриване на процедурата, Комисията не споделя мнението на Германия, че оценяваните мерки не биха могли да нарушат конкуренцията и да засегнат търговията между държавите членки с оглед на предполагаемото положение на законоустановен монопол на WestSpiel в провинция СРВ. Макар Германия да твърди, че пазарът на услуги на казина е бил затворен за конкуренция съгласно членове 1 и 3 от SpielbG NRW (стара редакция) през съответния период (2009—2015 г.), изглежда, че WestSpiel се е конкурирало със залите за хазартни игри на частни оператори (в частност с членовете на FSH), по-специално по отношение на дейностите, свързани с хазартни игри на игрални автомати. Освен това няма признаци, че в провинция СРВ е съществувал законоустановен монопол, който да изключва конкуренцията на пазара и за пазара. И накрая, въпреки мнението на Германия относно предполагаемата незаконна дейност на онлайн доставчиците и както е посочено в съображение 57 от решението за откриване на процедурата, несвързаните с хазарта дейности на WestSpiel (като например управлението на барове и ресторанти в казината) във всеки случай не са били обект на потенциален законоустановен монопол и са били упражнявани в конкуренция с други дружества.

(189) Поради това Комисията стига до заключението, че вливането на капитал от 2015 г. може да засегне търговията в рамките на Съюза и да наруши или да заплашва да наруши конкуренцията.

— *Заключение относно вливането на капитал*

(190) Поради това, що се отнася до вливането на капитал в полза на WestSpiel, въз основа на гореизложената оценка Комисията заключава, че кумулативните критерии за наличието на държавна помощ по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС са изпълнени и че мярката представлява държавна помощ.

([80]) Решение на Съда от 15 юни 2000 г., *Alzetta и др./Комисия*, съединени дела T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 до 607/97, T-1/98, T-3/98 до T-6/98 и T-23/98, ECLI:EU:T:2000:151, т. 141—147; решение на Съда от 24 юли 2003 г., *Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg*, дело C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

([81]) Решение на Съда от 14 януари 2015 г., *Eventech*, дело C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, т. 66; решение на Съда от 8 май 2013 г., *Libert и други*, съединени дела C-197/11 и C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, т. 77; решение на Съда от 4 април 2001 г., *Regione autonoma* Friuli-Venezia Giulia/Комисия, дело T-288/97, ECLI:EU:T:2001:115, т. 41.

6.1.3. *Заключение относно наличието на помощ*

(191) Що се отнася до покриването на годишните загуби, Комисията стига до заключението, че то не представлява държавна помощ по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС, тъй като кумулативните критерии по този член вече не са налице поради причините, посочени в раздел 6.1.1 (липса на предимство, липса на държавни ресурси и липса на възможност за вменяване на отговорност на държавата), поради което е излишно да се анализират останалите критерии по член 107, параграф 1 от ДФЕС.

(192) Що се отнася до предполагаемото вливане на капитал от 2015 г., Комисията стига до заключението, че то представлява държавна помощ по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС, тъй като кумулативните критерии по този член са изпълнени поради причините, посочени в раздел 6.1.2.

6.2. **Законосъобразност на помощта**

(193) Вливането на капитал от 2015 г. представлява държавна помощ по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС, а тъй като е било отпуснато в нарушение на член 108, параграф 3 от ДФЕС, то представлява неправомерна държавна помощ.

6.3. **Съвместимост**

(194) Тъй като вливането на капитал от 2015 г. представлява държавна помощ, е необходимо да се провери дали тази мярка за помощ може да се счита за съвместима с вътрешния пазар. Мерките за държавна помощ могат да се считат за съвместими с вътрешния пазар въз основа на изключенията, изброени в член 107, параграфи 2 и 3 от ДФЕС.

(195) Германия изтъкна две възможни основания за съвместимост, а именно: а) член 107, параграф 3, буква в) от ДФЕС — помощ за либерализиране на пазара (вж. съображение 84), и б) Насоките за ОИП (вж. съображение 85).

(196) Що се отнася до член 107, параграф 3, буква в) от ДФЕС, Комисията не може да приеме обосновката на Германия относно компенсацията за либерализирането на пазара. Всъщност, на първо място, Комисията не разполага с данни, че (предполагаемото) отваряне на пазара е било причина за вливането на капитал. На второ място, Комисията стига до заключението, че във всеки случай пазарът не е бил либерализиран — на практика правната уредба с един оператор (преди публичен, а понастоящем частен след закупуването на WestSpiel), притежаващ монополна лицензия за казина, от една страна, и частни оператори на игрални автомати, от друга, остава същата.

(197) Що се отнася до съвместимостта съгласно правилата за държавна помощ, приложими към помощите за оздравяване и преструктуриране, въпреки твърдението на Германия, че евентуалното възстановяване на помощта би превърнало WestSpiel в предприятие в затруднено положение, Германия не предостави никаква информация, която да показва, че към момента на предоставяне на мерките дружеството е отговаряло на критериите за предприятие в затруднено положение и че са били спазени изискванията на Насоките за ОиП. Съмненията на Комисията, изразени в съображение 104 от решението за откриване на процедурата, че тези изисквания са били спазени, не са разпръснати; всъщност Комисията не получи информация, която да показва, че вливането на капитал е било предоставено като еднократна мярка, въз основа на предварително одобрен план за преструктуриране и с адекватен собствен принос към разходите за преструктурирането от собствените ресурси на бенефициера на помощта.

(198) С оглед на гореизложеното Комисията стига до заключението, че неправомерната държавна помощ, предоставена от Германия под формата на вливането на капитал от 2015 г., не е съвместима с вътрешния пазар.

7. ВЪЗСТАНОВЯВАНЕ

(199) В съответствие с ДФЕС и установената съдебна практика на съдилищата на Съюза Комисията е компетентна да вземе решение дали съответната държава членка трябва да измени или отмени помощта, когато е констатирала, че въпросната помощ е несъвместима с вътрешния пазар ([82]). Съдилищата на Съюза също така последователно постановяват, че задължението на дадена държава членка да отмени помощта, която Комисията смята за несъвместима с вътрешния пазар, има за цел да -възстанови съществуващото преди това положение ([83]).

(200) В този контекст съдилищата на Съюза са установили, че тази цел е постигната, след като получателят е възстановил сумите, отпуснати като неправомерна помощ, като по този начин е загубил предимството, с което се е ползвал пред своите конкуренти на вътрешния пазар, и след като е възстановено положението преди изплащането на помощта ([84]).

(201) В съответствие със съдебната практика член 16, параграф 1, първото изречение от Регламент (ЕС) 2015/1589 на Съвета ([85]) гласи, че „когато са взети отрицателни решения в случаи с неправомерна помощ, Комисията решава съответната държава членка да вземе всички необходими мерки за възстановяване на помощта от бенефициера“.

(202) Следователно, като се има предвид, че вливането на капитал от 2015 г. е било приведено в действие в нарушение на член 108, параграф 3 от ДФЕС и трябва да се счита за неправомерна и несъвместима помощ, то трябва да бъде върнато, за да се възстанови положението, съществувало на вътрешния пазар преди предоставянето му.

(203) Сумата за възстановяване в номинално изражение съответства на размера на вливането на капитал (т.е. 64,8 милиона евро). Сумите, които вече са изплатени от WestSpiel на две вноски след разтрогването на 8 януари 2021 г. на споразумението за дружество със съучастие (вж. бележка под линия 36), а именно: а) първата вноска в размер на 35 милиона евро (изплатена на 19 януари 2021 г, вж. съображение 90) и б) втората вноска в размер на 11 516 909 EUR (изплатена на 26 юли 2021 г., вж. съображение 81) — общо сума в размер на 46 516 909 EUR, не може да се квалифицират като частично възстановяване, противно на доводите на Германия (вж. съображение 83). Това е така, тъй като дори с връщането на тази сума WestSpiel всъщност не е загубило действителното предимство пред своите конкуренти, получено с вливането на капитал.

(204) Комисията отбелязва, че прекратяването на дружеството със съучастие в разглеждания случай не може да се квалифицира като възстановяване и не оказва никакво влияние върху размера на помощта, която трябва да бъде възстановена, тъй като този размер по принцип не зависи от събития, които настъпват след предоставянето на помощта.

(205) Предимството се дължи на вливане на капитал, което не би се осъществило при нормални пазарни условия. Размерът на предимството представлява целият размер на вливането на капитал. Ако по-късно се окаже, че благодарение на по-нататъшното развитие инвестицията в крайна сметка е била печеливша, това не променя съществуването на предимството, нито неговия размер. Например когато държава членка извърши тази инвестиция, като закупи акции на дружество (които не биха били закупени от частен инвеститор) и по-късно продаде тези акции (дори ако цената им се е повишила междувременно), тази продажба не представлява възстановяване на помощта. По същата логика разпределянето на дивиденти също не представлява възстановяване. Същият анализ е валиден и за възстановяването на разходи за дялово участие.

(206) С други думи конкретното по-нататъшно развитие на събитията, свързани със собствения капитал или с „дяловото участие“, е отделно явление, което няма отношение към възстановяването на неправомерно предоставената помощ. Поради това Комисията заключава, че изплащането не е възстановило (дори частично) положението, което е съществувало на вътрешния пазар преди предоставянето на помощта.

([82]) Решение на Съда от 12 юли 1973 г., *Комисия /Германия*, дело 70-72, ECLI:EU:C:1973:87, т. 13.
([83]) Решение на Съда от 21 март 1990 г., *Белгия/Комисия*, дело C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125, т. 66.
([84]) Решение на Съда от 17 юни 1999 г., *Белгия/Комисия*, C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311, т. 64 и 65.
([85]) Регламент (ЕС) 2015/1589 на Съвета от 13 юли 2015 г. за установяване на подробни правила за прилагането на член 108 от Договора за функционирането на Европейския съюз (ОВ L 248, 24.9.2015 г., стр. 9, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2015/1589/oj).

(207) Както е посочено в съображение 29, поради реорганизацията на групата WestSpiel дружеството WestSpiel осъществява сливане с WestSpiel GmbH. След продажбата на Gauselmann Group WestSpiel е преименувано и понастоящем функционира под названието Merkur Spielbanken GmbH (вж. съображение 30). В случай на сливане или друга форма на реорганизация на стопанската дейност трябва да се идентифицира правоприемникът на първоначалния бенефициер на помощта и държавата членка трябва да възстанови помощта от съществуващия субект ([86]). WestSpiel GmbH е правоприемник на WestSpiel, което понастоящем се нарича Merkur Spielbanken GmbH. Терминът WestSpiel се отнася до този подложен на сливане и след това продаден субект (вж. бележка под линия 7), от който трябва да се възстанови помощта.

(208) Възстановяването обхваща времето от датата, на която помощта е била предоставена на разположение на бенефициера, т.е. от 15 декември 2015 г. (вж. съображение 130) до момента на действителното ѝ възстановяване. Върху подлежащата на възстановяване сума се начислява лихва до момента на действителното ѝ възстановяване.

8. КЛАУЗА ЗА ОСВОБОЖДАВАНЕ ОТ ОТГОВОРНОСТ

(209) Комисията отбелязва, че споразумението за покупко-продажба на WestSpiel включва разпоредби, които представляват клауза за освобождаване от отговорност срещу искове за възстановяване на държавна помощ, ограничена до 30 милиона евро (вж. буква Г от преамбюла, член 7, член 17, параграф 2, членове 19, 24, член 28, параграфи 3—5 и член 29 от споразумението за покупко-продажба на WestSpiel). Комисията припомня, че съгласно установената съдебна практика такива клаузи сами по себе си могат да бъдат определени като отделни мерки за държавна помощ, а прилагането на такива клаузи може да се определи като заобикаляне на възстановяването на неправомерна и несъвместима държавна помощ. Комисията подчертава, че бенефициерът на клаузата е и бенефициер на помощта.

(210) Съдът неведнъж е постановявал, че задължението на дадена държава да отмени помощ, счетена от Комисията за несъвместима с вътрешния пазар, има за цел да се възстанови съществуващото преди това положение. Тази цел е постигната, след като въпросната помощ, увеличена, когато е уместно, с лихви за забава, бъде възстановена от получателя. С възстановяването на помощта получателят ѝ губи предимството, с което се е ползвал в сравнение с конкурентите си, и се възстановява съществуващото преди предоставянето на помощта положение. Разрешаването на държава членка да предостави помощ, равностойна на неправомерната помощ, предназначена да неутрализира въздействието на възстановяването, което бенефициерите са длъжни да извършат, очевидно би било равносилно на осуетяване на ефективността на решенията, взети от Комисията ([87]).

(211) Ако клаузата за освобождаване от отговорност се приложи, тя ще има за резултат компенсиране на WestSpiel за получената от него неправомерна и несъвместима помощ. По-конкретно по силата на настоящото решение WestSpiel ще бъде задължено да възстанови несъвместимата помощ на държавата. След като настоящото решение стане окончателно, това събитие ще доведе до задействане на клаузата за освобождаване от отговорност, която задължава държавата да плати на WestSpiel същата сума, която дружеството е възстановило, до праг от 30 милиона евро. Прилагането на подобна клауза би представлявало заобикаляне на възстановяването на неправомерна и несъвместима държавна помощ, както е установена в настоящото решение, тъй като няма да доведе до действително изплащане под формата на възстановяване на положението, което е съществувало на пазара преди предоставянето на помощта, което е в противоречие с неговата цел ([88]).

9. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

(212) Комисията констатира, че Германия неправомерно е привела в действие помощта в нарушение на член 108, параграф 3 от ДФЕС.

(213) Комисията стига до заключението, че помощта е несъвместима с вътрешния пазар и трябва да бъде възстановена от WestSpiel заедно с лихвите за възстановяване,

([86]) В тази връзка вж. решение на Съда от 7 март 2018 г., SNCF Mobilités/Комисия, C-127/16 P, ECLI:EU:C:2018:165.
([87]) Решение на Съда от 29 юни 2004 г., *Комисия/Съвет*, дело C-110/02, EU:C:2004:395, т. 42 и 43 и цитираната съдебна практика.
([88]) Решение на Съда от 11 декември 2012 г., *Комисия/Испания*, C-610/10, ECLI:EU:C:2012:781, т. 105.

ПРИЕ НАСТОЯЩОТО РЕШЕНИЕ:

Член 1

Предполагаемата мярка във връзка с покриването на годишните загуби, която Германия е привела в действие, не представлява помощ по смисъла на член 107, параграф 1 от ДФЕС.

Член 2

Вливането на капитал от 2015 г. в размер на 64,8 милиона евро, неправомерно приведено в действие от Германия в нарушение на член 108, параграф 3 от ДФЕС, е несъвместимо с вътрешния пазар.

Член 3

1) Германия възстановява несъвместимата помощ, посочена в член 2, от WestSpiel, което е осъществило сливане с WestSpiel GmbH и понастоящем е с названието Merkur Spielbanken NRW GmbH.

2) Сумите, които следва да бъдат възстановени, включват лихви от датата, на която са предоставени на разположение на WestSpiel, до действителното им възстановяване.

3) Германия гарантира, че WestSpiel няма да получи никаква компенсация за сумите, предмет на настоящото решение. По-специално WestSpiel няма да получи, пряко или непряко, от Германия никакви суми, дължими поради прилагането на клаузата за освобождаване от отговорност по споразумението за покупко-продажба на WestSpiel.

4) Лихвата се изчислява с натрупване в съответствие с глава V от Регламент (ЕО) № 794/2004 на Комисията ([89]).

Член 4

1) Възстановяването на помощта, посочена в член 2, се извършва незабавно и ефективно.

2) Германия гарантира, че настоящото решение ще бъде изпълнено в срок от четири месеца от датата, на която е уведомена за него.

Член 5

1) В срок от два месеца от уведомяването за настоящото решение Германия изпраща на Комисията следната информация:

а) общата сума (главница и лихви за възстановяване), която следва да бъде възстановена от WestSpiel;

б) подробно описание на вече предприетите и на планираните мерки за изпълнение на настоящото решение;

в) документи, доказващи, че на WestSpiel е наредено да възстанови помощта, посочена в член 2.

2) Германия информира Комисията за хода на предприетите от нея мерки за изпълнение на настоящото решение до приключване на възстановяването на помощта, посочена в член 2. В отговор на обикновено искане от страна на Комисията Германия представя незабавно информация за вече предприетите и планираните мерки за изпълнение на настоящото решение. Тя предоставя също така подробна информация относно вече възстановените от WestSpiel суми от помощта и лихви за възстановяване. Германия също така докладва на Комисията за това дали и по какъв начин е била приложена клаузата за освобождаване от отговорност, посочена в съображение 209.

([89]) Регламент (ЕО) № 794/2004 на Комисията от 21 април 2004 г. за прилагането на Регламент (ЕС) 2015/1589 на Съвета за установяване на подробни правила за прилагането на член 108 от Договора за функционирането на Европейския съюз (ОВ L 140, 30.4.2004 г., стр. 1, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2004/794/oj).

Член 6

Адресат на настоящото решение е Федерална република Германия.

Съставено в Брюксел на 22 ноември 2024 година.

За Комисията
Margrethe VESTAGER
Изпълнителен заместник-председател