ODLOČBA KOMISIJE

z dne 20. oktober 2004

o pomoči Nemčije za Westdeutsche Landesbank – Girozentrale, sedaj WestLB AG

(notificirano pod dokumentarno številko C(2004) 3925)

(Verodostojno je samo besedilo v nemškem jeziku)

(Besedilo velja za EGP)

(2006/737/ES)

KOMISIJA EVROPSKIH SKUPNOSTI JE –

ob upoštevanju Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti in zlasti prvega pododstavka člena 88(2) Pogodbe,

ob upoštevanju Sporazuma o Evropskem gospodarskem prostoru in zlasti člena 62(1)(a) Sporazuma,

ob pozivu zainteresiranih strank, da v skladu z zgoraj navedenimi prepisi podajo svoje pripombe ([1]) in ob upoštevanju njihovih pripomb,

ob upoštevanju naslednjega:

I. POSTOPEK

1. *UPRAVNI POSTOPEK*

(1) S pritožbo z dne 23. marca 1993 je Zvezno združenje nemških bank *Bundesverband deutscher Banken e.V.* („BdB“), ki zastopa okoli 300 zasebnih bank v Nemčiji, pozvalo Komisijo, da proti Nemčiji začne postopek po členu 226 Pogodbe ES. Združenje trdi, da je nemški bančni nadzorni organ (*Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen* – „BAKred“) kršil člen 4(1) Direktive 89/299/EGS, ko je sredstva zavoda za pospeševanje gradnje stanovanj *Wohnungsbauförderungsanstalt* dežele Severno Porenje-Vestfalija („Wfa“), ki je bila združen z *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* („WestLB“), priznal kot lastni vir sredstev WestLB.

(2) S pismom z dne 31. maja 1994 je BdB obvestil pristojni Generalni direktorat za konkurenco IV o prenosu sredstev in v zvezi s tem o domnevnem izkrivljanju konkurence v korist WestLB. 21. decembra 1994 je BdB vložil uradno pritožbo in Komisijo pozval, naj proti Nemčiji začne postopek v skladu s členom 88(2) Pogodbe ES. Februarja in marca 1995 ter decembra 1996 se je pritožbi združenja pridružilo še deset njegovih bank.

(3) Komisija je v pismih z dne 12. januarja, 9 februarja, 10. novembra in 13. decembra 1993 ter 16, januarja 1996 Nemčijo zaprosila za dodatne informacije, da bi lahko presodila, ali prenos sredstev predstavlja državno pomoč. Nemčija je na njih odgovorila s pismi z dne 8. februarja in 16. marca 1993, 8. marca 1994, 12. aprila in 26. aprila 1996 ter 14. januarja 1997. Različne zainteresirane stranke so posredovale številna nadaljnja pisma in dokumentacijo. Predstavniki Komisije so se med leti 1994 in 1997 večkrat srečali s predstavniki Nemčije, WestLB in ostalih deželnih bank ter predstavniki pritožnika.

(4) Po tej izmenjavi informacij se je Komisiji zdelo nujni sprožiti postopek v skladu s členom 88(2) Pogodbe ES. Ta sklep je sprejela 1. oktobra 1997. V tem sklepu Komisija ugotavlja, da bi zadevni ukrep lahko predstavljal državno pomoč v smislu člena 87(1) Pogodbe ES in da potrebuje dodatne informacije za presojo postopka. Pri tem so jo zanimale predvsem podrobnosti ukrepov, s katerimi si je dežela Severno Porenje-Vestfalija (v nadaljevanju: dežela) zagotovila primerno udeležbo pri dodatnem dobičku, ki ga WestLB lahko doseže na podlagi povečanja kapitala, informacije o posledicah manjkajoče likvidnosti prenesenega kapitala, posledicah okoliščin, da se vpliv dežele na WestLB ni povečal, ter posledicah preferencialnega značaja fiksnih nadomestil in morebitnih drugih dejavnikov pri določitvi primernega nadomestila, informacije o višini kapitala Wfa na razpolago za kritje poslovnih dejavnosti WestLB, o vrednosti zneska, ki presega to vsoto, a je vknjižen v bilanci stanja WestLB, o davčnih oprostitvah, o oprostitvi obremenitev, o donosnosti WestLB in domnevnih sinergijah.

(5) Sklep Komisije o sprožitvi postopka je bil objavljen v *Uradnem listu Evropskih skupnosti* ([2]). Ob tej priložnosti je od zainteresiranih strank zahtevala, da podajo svoje pripombe. Komisija je prejela pripombe WestLB (19. maj 1998), *Association Française des Banques* (26. maj 1998), *British Bankers' Association* (2. junij 1998) in združenja BdB (4. junij 1998). Slednje je v pismu z dne 15. junija 1998

([1]) UL C 140, 5.5.1998, str. 9.

([2]) Primerjaj z opombo 1.

posredovala Nemčiji, da izrazi svoje mnenje. Nemčija je po podaljšanju roka oddaje odgovorila v pismu z dne 11. avgusta 1998.

(6) Komisija se je 15. januarja in 16. septembra 1998 srečala s predstavniki BdB in 9. septembra 1998 s predstavniki WestLB. V pismu z dne 22. septembra 1998 so službe Komisije povabile Nemčijo, WestLB in BdB na skupno srečanje o različnih vidikih zadevnega primera. BdB je posredoval informacije s pismom z dne 30. oktobra 1998. Do skupnega srečanja z vsemi tremi strankami je prišlo 10. novembra 1998. Nato so službe Komisije Nemčijo in BdB v pismu z dne 16. novembra 1998 zaprosile za dodatne informacije in dokumentacijo.

(7) BdB je po podaljšanju roka oddaje predložil želene informacije v pismu z dne 14. januarja 1999. Nemški organi so po podaljšanju roka oddaje posredovali nekatere informacije v pismih z dne 15. januarja 1999 in 7. aprila 1999.

(8) Ker Nemčija Komisiji ni želela posredovati določenih podatkov, je Komisija odredila izdajo teh informacij z Odločbo z dne 3. marca 1999, ki je bila Nemčiji vročena 24. marca 1999. Nemška vlada je na to zahtevo odgovorila po podaljšanju roka oddaje v pismu z dne 22. aprila 1999.

(9) Komisija je naročila izdelavo neodvisne študije o primernem nadomestilu, ki bi ga dežela Severno Porenje-Vestfalija morala zahtevati za prenos Wfa na WestLB. Svetovalno podjetje, pri katerem je bila študija naročena, se je prav tako udeležilo srečanja s tremi strankami dne 10. novembra 1998 in Komisiji 18. junija 1999 predstavilo rezultate te študije. Komisija je 8. julija 1999 izdala Odločbo 2000/392/ES o zadevnem ukrepu, ki ga je Nemčija izvedla v korist *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* (v nadaljevanju: izpodbijana odločba). [1] Nemčija je bila z Odločbo seznanjena 4. avgusta 1999 in jo v pismu z dne 6. avgusta 1999 posredovala deželi. Dežela je WestLB obvestila v pismu z dne 9. avgusta 1999, ki je bilo vročeno še isti dan. V členih 1, 2 in 3 te odločbe je zapisano:

„Člen 1

Državna pomoč v skupnem znesku 1 579 700 000 DEM (807 700 000 EUR), ki jo je Nemčija odobrila za *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* med leti 1992 in 1998, ni združljiva s skupnim trgom.

Člen 2

(1) Nemčija sprejme vse potrebne ukrepe, da prejemnik vrne pomoč, navedeno v členu 1 in dano na razpolago nezakonito.

(2) Izterjava pomoči se izvede v skladu s postopki nacionalne zakonodaje. Znesek pomoči, ki ga je treba izterjati, se poviša za obresti od dneva izplačila pomoči prejemniku do njenega dejanskega vračila in se izračuna na podlagi referenčne obrestne mere, ki se uporablja za izračun ekvivalenta dotacije regionalnih pomoči.

Člen 3

Nemčija obvesti Komisijo v dveh mesecih po objavi te odločbe o ukrepih, sprejetih za izvajanje te odločbe.“

2. *SODNI POSTOPEK*

(10) WestLB in dežela Severno Porenje-Vestfalija sta 12. oktobra 1999 na Sodišču prve stopnje Evropskih skupnosti vložili pritožbo zoper to odločbo. WestLB, dežela in Nemčija kot sospornik so zahtevali, da se izpodbijana odločba razveljavi, stroški postopka pa naložijo Komisiji. Poleg tega je dežela zahtevala, da svoje lastne stroške naloži združenju BdB. Komisija in BdB kot sospornik sta zahtevala, da se obe pritožbi zavrneta kot neutemeljeni, stroški postopka pa (BdB je pri tem vključil svoje lastne stroške) naložijo tožnikom.

(11) Poleg tega je Nemčija 8. oktobra 1999 na Sodišču Evropskih skupnosti vložila pritožbo zoper to odločbo, prav tako z zahtevo, da se slednja razveljavi, Komisiji pa naložijo stroški postopka. Vendar je bil ta postopek glede na vsebinsko enakost postopka pred Sodiščem prve stopnje odložen.

(12) Sodišče je s sklepom z dne 22. avgusta 2000 priznalo Nemčijo kot sospornico v podporo tožnikov in BdB kot sospornika v podporo Komisiji kot toženki. S sklepom Sodišča z dne 11. julija 2001 sta bili obe pravni zadevi povezani s skupnim ustnim zaslišanjem in skupno odločitvijo. Ustno zaslišanje je potekalo 5. in 6. junija 2002.

(13) Sodišče prve stopnje je 6. marca 2003 izreklo sodbo [2], v kateri je izpodbijano odločbo razveljavilo in Komisiji naložilo stroške tožnikov ter njene lastne stroške, Nemčiji in BdB pa naložila njune lastne stroške.

(14) Sodišče je Odločbo Komisije razveljavilo zaradi nezadostnih razlogov v naslednjih dveh točkah glede izračuna višine primernega nadomestila. Po eni strani se je Odločba razveljavila glede na utemeljitev višine nadomestila za likviden osnovni kapital kot izhodišče izračuna, za katerega

[1] UL L 150, 23.6.2000, str. 1.

[2] Sodba z dne 6. marca 2003 v združenih zadevah T-228/99 in T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* in dežela Severno Porenje-Vestfalija/Komisija, Recueil 2003, II-435.

je Komisija določila obrestno mero 12 % letno (po obdavčitvi dobička in pred obdavčitvijo naložbe). Po drugi strani pa je do razveljavitve prišlo glede na utemeljitev višine pribitka za to nadomestilo, za katerega je Komisija določila obrestno mero 1,5 % letno (po obdavčitvi dobička in pred obdavčitvijo naložbe). Sicer pa je Sodišče Odločbo Komisije v celoti potrdilo.

3. *NADALJEVANJE UPRAVNEGA POSTOPKA*

(15) Komisija je v pismih z dne 20. in 29. januarja, 6. februarja ter 28. maja 2004 Nemčijo zaprosila za ažuriranje podatkov, pomembnih za to odločbo, ki so bili po podaljšanju roka oddaje posredovani 10. marca in 14. junija 2004, 28. julija 2004 pa se je o njih ustno razpravljalo. Nadaljnje pripombe je dežela Severno Porenje-Vestfalija v tej zvezi posredovala 26. avgusta 2004. S pismom z dne 6. oktobra 2004 je Nemčija posredovala nadaljnje zaprošene informacije.

(16) Julija 2004 so pritožnik BdB, dežela Severno Porenje-Vestfalija in WestLB AG dosegli začasni dogovor, predložen Komisiji dne 19. julija 2004, o primernem nadomestilu, ki bi ga po njihovem mnenju morala Komisija uporabiti v dveh točkah, ki ju Sodišče ni odobrilo. Končno različico tega dogovora je Komisija prejela 13. oktobra 2004.

(17) V pričujoči novi odločbi je Komisija upoštevala kritiko Sodišča in odpravila pomanjkljivosti v obeh zadevnih točkah (utemeljitev osnovnega nadomestila in morebitnega pribitka). Sicer pa Komisija vztraja pri načelni presoji ukrepa, ki jo je opravila v svoji prvotni odločbi. Vendar pa je Komisija upoštevala rezultate pogovorov med pritožnikom BdB in deželo Severno Porenje-Vestfalija oz. WestLB AG glede višine primernega nadomestila. Poleg tega je Komisija je na podlagi novih podatkov, ki jih je Nemčija predložila za vsa leta od sprejetja prvotne odločbe, opravila posodobitev odločbe, ki je zaradi časovnega poteka od prvotne odločbe postala nujna, glede postopka, predstavitve podjetja in izračuna elementa pomoči, vključno z določitvijo odprave državne pomoči oz. skrajšala nekatere odstavke, ki za novo odločbo niso več potrebni.

II. **PODROBEN OPIS UKREPA**

1. *WESTDEUTSCHE LANDESBANK GIROZENTRALE (WESTLB)*

(18) V zadevnem časovnem obdobju pred prenosom sredstev Wfa dne 31. decembra 1991 vse do razdružitve WestLB dne 1. avgusta 2002, s katero se je končala državna pomoč, je bila WestLB kreditna institucija in subjekt javnega prava po pravnih predpisih dežele Severno Porenje-Vestfalija. Njen priznan lastni kapital je dne 31. decembra 1991 znašal 5,1 milijard DEM. Z zakonom so ji bile poverjene tri naloge: Služila je kot centralna banka za krajevne hranilnice dežele in od 17. julija 1992 tudi za hranilnice dežele Brandenburška. Opravljala je naloge banke dežele Severno Porenje-Vestfalija in njenih občin, tako da je v imenu svojih delničarjev izvajala finančne transakcije. Nenazadnje je v lastnem imenu opravljala splošne bančne dejavnosti. Ne glede na posebne predpise dežele je bila WestLB podvržena nemškemu zakonu o bančništvu in temu primernemu bančnemu nadzoru.

(19) WestLB je bila v 100-odstotni javni lasti. Največji delež nominalnega kapitala je imela dežela (43,2 %). Ostali delničarji so bila deželna združenja („*Landschaftsverbände*“) Porenja in Vestfalije-Lippe (vsak 11,7 %) ter združenja lokalnih hranilnic („*Sparkassen- und Giroverbände*“) Porenja in Vestfalije-Lippe (vsak 16,7 %). Takšna lastniška struktura je ostala nespremenjena v celotnem zadevnem časovnem obdobju med 31. decembrom 1991 in 1. avgustom 2002.

(20) Kot javnopravna institucija je WestLB imela koristi od dveh oblik jamstva s strani svojih javnih lastnikov: „institucionalna odgovornost“ („*Anstaltslast*“) in „obveznost garanta“ („*Gewährträgerhaftung*“). *Anstaltslast* pomeni, da so lastniki WestLB dolžni zagotoviti gospodarsko osnovo in njeno delovanje za celotno trajanje njenega obstoja. To jamstvo ne ustvarja nobenih obveznosti lastnikov nasproti upnikom banke, temveč zgolj ureja odnose med organi oblasti in banko. *Gewährträgerhaftung* določa, da morajo lastniki poravnati vse obveznosti banke, v kolikor teh ni mogoče poravnati iz sredstev banke. Ustvarja obveznost garanta nasproti upnikom banke. Nobena od jamstev ni bili niti časovno niti vrednostno omejena.

(21) Prvotno je bila WestLB regionalna institucija, ki se je osredotočala na dopolnilne dejavnosti lokalnih hranilnic, ki so prvotno opravljale pretežno socialno funkcijo, saj so ponujale finančne storitve na področjih, na katerih trg ni deloval dovolj dobro. Vendar pa so se hranilnice že zdavnaj razvile v univerzalno dejavne kreditne institucije. Isto je veljalo za WestLB, ki se je v zadnjih desetletjih vedno bolj razvijala v neodvisno poslovno banko in postala v zadevnem časovnem obdobju močan konkurent na nemških in evropskih bančnih trgih.

(22) Glede na svojo bilančno vsoto je skupina WestLB v zadevnem časovnem obdobju sodila med pet največjih nemških kreditnih institucij. Skupina WestLB je nudila finančne storitve za podjetja in javne ustanove in bila dejaven tudi na mednarodnih kapitalskih trgih, tako v lastnem imenu kot tudi za druge izdajatelje dolžniških instrumentov. Kot veliko drugih nemških univerzalnih bank je bila WestLB delničar številnih finančnih institucij in drugih podjetij. Poleg tega je WestLB pomemben del svoje poslovne dejavnosti opravljala zunaj Nemčije.

(23) Na podlagi posebnih pravnih predpisov je WestLB do razdružitve avgusta 2002 – za razliko od zasebnih bank, a na enak način kot druge javne kreditne institucije – lahko opravljala hipotekarno kreditno in hranilno poslovanje pod

isto organizacijsko streho kot svoje ostale dejavnosti. Zato je WestLB v zadevnem časovnem obdobju pa vse do njene razdružitve lahko veljala za eno najbolj univerzalnih bank v Nemčiji.

(24) Po drugi strani pa WestLB ni imela goste mreže podružnic za zasebne stranke. V tem tržnem segmentu so bile dejavne lokalne hranilnice, za katere je WestLB delovala kot osrednja institucija.

(25) Donosnost WestLB, merjena z dobički pred obdavčitvijo v odstotkovnem razmerju z lastnimi viri sredstev na ravni skupine, je bila v povprečju v osmih letih pred vključitvijo Wfa (1984 – 1991) pri največ 6,6 %, brez očitnega trenda naraščanja. V primerjavi z nemškim in evropskim povprečjem so bili to zelo slabi rezultati.

(26) Skupina WestLB je svojo bilančno vsoto iz leta 1991, torej pred prenosom, do konca leta 2001, v času njenega zadnjega letnega obračuna pred razdružitvijo, povečala z dobrih 270 milijonov DEM na dobrih 840 milijonov DEM in tako več kot potrojila.

(27) Z zakonom z dne 2. julija 2002 je dežela Severno Porenje-Vestfalija dne 1. avgusta 2002 (s povratno veljavo po računovodskih predpisih s 1. januarjem 2002) WestLB razdelila na javnopravno matično podjetje, deželno banko Severno Porenje-Vestfalija (*Landesbank Nordrhein-Westfalen*) in civilnopravno hčerinsko podjetje WestLB AG. WestLB AG združuje konkurenčne dejavnosti nekdanje WestLB, *Landesbank Nordrhein-Westfalen* pa njene javne dejavnosti. Po navedbah Nemčije je WestLB AG pravno enaka WestLB in se šteje kot dolžnica celotnih terjatev vračila pomoči ([1]). Wfa je bila ob razdružitvi vključena v *Landesbank Nordrhein-Westfalen* in s tem umaknjena iz konkurenčnih dejavnosti, ki so sedaj združene v WestLB AG. S statutom *Landesbank Nordrhein-Westfalen* je bilo razen tega določeno, da se kapital Wfa ne sme uporabljati za krepitev poslovanja s hipotekarnimi obveznicami, ki ostaja v domeni deželne banke, in da se mora v prihodnje za morebitno funkcijo jamstva deželi plačati nadomestilo v višini 0,6 % letno.

2. *ZAVOD ZA POSPEŠEVANJE GRADNJE STANOVANJ (WFA)*

(28) Wfa (*Wohnungsbauförderungsanstalt*) je bila ustanovljena leta 1957 in delovala kot institucija javnega prava vse do 31. decembra 1991. Kot taka je bila pravna oseba z osnovnim kapitalom 100 milijonov DEM (50 milijonov EUR), dežela Severno Porenje-Vestfalija pa njeni edini delničar. Na podlagi poglavja 6 (1) prejšnjega zakona o pospeševanju gradnje stanovanj dežele Severno Porenje-Vestfalija ([2]) je bila izključna naloga Wfa pospeševati gradnjo stanovanj z dodeljevanjem posojil z znižanimi obrestmi ali brez obresti. Zaradi njenega neprofitnega značaja je bila institucija oproščena davka od dobička pravnih oseb, davka od premoženja in obratovalnega davka.

(29) Kot institucija javnega prava je imela Wfa za vse svoje obveznosti na razpolago jamstvi *Anstaltslast* in *Gewährträgerhaftung* dežele Severno Porenje-Vestfalija. Ti dve obliki jamstva sta zaradi prenosa ostali nespremenjeni.

(30) Glavni vir financiranja za pospeševanje gradnje stanovanj so bila in še vedno so deželna sredstva za pospeševanje gradnje stanovanj *„Landeswohnungsbauvermögen“*, nastala iz dohodkov od obresti za posojila za gradnjo stanovanj, ki jih je dodelila Wfa, in letnih prenosov sredstev iz deželnega proračuna. Ta sredstva, namenjena izključno financiranju posojil za gradnjo stanovanj so na podlagi poglavja 16 nekdanjega zakona o pospeševanju gradnje stanovanj prispevala 75 % refinanciranja Wfa, t.j. 24,7 milijard DEM (12,6 milijard EUR) z 31. decembrom 1991.

(31) Pred prenosom je Wfa jamčila za obveznosti dežele Severno Porenje-Vestfalija, ki so slednji nastali zaradi pospeševanja gradnje stanovanj. Vsako leto se je v višini poravnave obveznosti dežele jamstvo Wfa spremenilo v terjatve povračila dežele nasproti Wfa, kar je temu ustrezno zmanjšalo vrednost sredstev za pospeševanje gradnje stanovanj *„Landeswohnungsbauvermögen“*. Te obveznosti Wfa bi zapadle v plačilo šele, ko Wfa za izpolnitev svojih javnih nalog ne bi bila več odvisna od dohodkov od obresti in vračil posojil. Te obveznosti Wfa so konec leta 1991 znašale okrog 7,4 milijard DEM (3,78 milijard EUR) in v bilanci stanja niso bile prikazane neposredno, temveč zgolj „pod črto“.

3. *KAPITALSKE ZAHTEVE V SKLADU Z DIREKTIVO O LASTNIH VIRIH SREDSTEV IN DIREKTIVO O SOLVENTNOSTI*

(32) V skladu z Direktivo Sveta 89/647/EGS ([3]) in Direktivo o lastnih virih sredstev morajo banke razpolagati z lastnimi sredstvi v višini najmanj 8 % ([4]) svoje tveganju prilagojene

([1]) Pripombe Nemčije z dne 10. marca 2004, str. 2.

([2]) Različica zakona o pospeševanju gradnje stanovanj („*Wohnungsbauförderungsgesetz*“), ki je bila objavljena 30. septembra 1979 (Uradni list dežele Severno Porenje-Vestfalija, str. 630).

([3]) UL L 386, 30.12.1989, str. 14, ki je bila razveljavljena in nadomeščena z Direktivo 2000/12/ES, UL L 126, 26.5.2000.

([4]) Zahteve po lastnem kapitalu morajo kreditne institucije izpolnjevati na konsolidirani, delno konsolidirani in nekonsolidirani osnovi.

tehtane aktive in tveganih zunajbilančnih transakcij ([1]). Ti direktivi sta terjali spremembe nemškega zakona o bančništvu, ki je bil spremenjen 1. januarja 1992. Nove zahteve so začele veljati 30. junija 1993 ([2]). Do takrat so morale nemške kreditne institucije razpolagati z lastnimi sredstvi v višini 5,6 % njihove tveganju prilagojene tehtane aktive ([3]).

(33) Kar zadeva novi prag 8 %, mora biti vsaj polovica teh sredstev v „temeljnih lastnih virih sredstev“, ki zajemajo postavke kapitala, s katerimi kreditna institucija razpolaga neomejeno in neposredno za kritje izgub, takoj ko se te pojavijo. Temeljni lastni viri sredstev so pri ugotavljanju celotnih lastnih virov sredstev banke v smislu nadzorstva odločilnega pomena, saj se „dodatni lastni viri sredstev“, namreč dodatna lastna sredstva nižje kakovosti, za kritje tveganega poslovanja banke prizna le v višini razpoložljivih temeljnih lastnih sredstev.

(34) Poleg tega obseg lastnih sredstev banke slednjo omejuje pri odobritvi velikih kreditov in s tem izpostavljanju večjemu tveganju. V času prenosa Wfa je nemški zakon o bančništvu (poglavje 13) določal, da posamezen kredit ne sme presegati 50 % lastnih sredstev kreditne institucije in skupek vseh kreditov, ki presegajo 15 % lastnih sredstev, ne sme biti višji od osemkratne vrednosti lastnih sredstev. Po spremembi zakona o bančništvu leta 1994, da bi ga uskladili z Direktivo Sveta 92/121/EGS ([4]), je najvišji možen kredit omejen na 25 % lastnih sredstev banke, medtem ko skupek velikih kreditov, ki presega 10 % lastnih sredstev banke, ne sme biti višji od osemkratne vrednosti lastnih sredstev ([5]).

(35) Nadalje člen 12 Druge direktiva Sveta 89/646/EGS z dne 15. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov v zvezi z izvajanjem poslov kreditnih institucij, ki spreminja Direktivo 77/780/EGS ([6]) omejuje obseg kvalificiranih deležev v drugih kreditnih in bančnih ustanovah. Posebna določba nemškega zakona o bančništvu (poglavje 12), ki ne temelji na pravu Skupnosti, ampak jo najdemo tudi v drugih državah članicah, omejuje celoten znesek dolgoročnih naložb – vključno z deleži v podjetjih zunaj finančnega sektorja – na celoten znesek lastnih sredstev banke.

(36) Nemške banke so se morale prilagoditi novim zahtevam po lastnem kapitalu do 30. junija 1993. Številne deželne banke, med njimi tudi WestLB, so že pred prenosom Direktive o solventnosti v nemško zakonodajo razpolagale z razmeroma majhnimi lastnimi sredstvi. Po testnih izračunih, ki jih je *Deutsche Bundesbank* opravila decembra 1991 na podlagi določb Direktive, so imele deželne banke povprečno stopnjo solventnosti 6,3 %, medtem ko je vrednost od 30. junija 1993 morala znašati 8 % ([7]). Zadevne kreditne institucije so morale zato nujno povečati lastni kapital, da bi preprečile omejitev širjenja dejavnosti in da bi sploh lahko zadržale svojo takratno raven dejavnosti. V kolikor banka ne more izkazati nujne ravni obsega lastnega kapitala, nadzorni organ odredi, da mora banka nemudoma sprejeti ukrepe za izpolnjevanje predpisov o solventnosti, bodisi s prejemom dodatnih lastnih sredstev bodisi z zmanjšanjem tveganju prilagojene tehtane aktive.

(37) Medtem ko so morale zasebne banke svoje dodatne potrebe po lastnih sredstvih zadovoljiti na trgu kapitala, so se javne banke temu lahko izognile, saj so njihovi javni delničarji sklenili, da svojih kreditnih institucij ne bodo (niti delno) privatizirali. Vendar pa je na splošno tesno proračunsko stanje javnih delničarjev onemogočalo kapitalske vložke ([8]) Namesto tega so našli drugačne rešitve za pridobitev dodatnega lastnega kapitala. V primeru WestLB se je dežela Severno Porenje-Vestfalija odločila za prenos Wfa na WestLB in tako razširila njen obseg lastnega kapitala. Podobne transakcije so bile izvedene v nekaterih drugih zveznih deželah v korist njihovih deželnih bank.

4. *PRENOS IN NJEGOVE POSLEDICE*

a) PRENOS

(38) Deželni zbor dežele Severno Porenja-Vestfalija je 18. decembra 1991 sprejel zakon, ki ureja pospeševanje gradnje stanovanj ([9]). Člen 1 tega zakona je odredil prenos Wfa na WestLB. Ta prenos je začel veljati s 1. januarjem 1992.

(39) V obrazložitvi zakona je prenos utemeljen s povečanjem lastnih sredstev WestLB, da bi slednja lahko izpolnila nove strožje zahteve po lastnem kapitalu, ki so začele veljati 30. junija 1993. S prenosom je bilo to mogoče brez finančne obremenitve deželnega proračuna. Kot stranski učinek združitve dejavnosti pospeševanja gradnje stanovanj Wfa in WestLB je bila navedena večja učinkovitost.

(40) V okviru prenosa je dežela odstopila od jamstva Wfa v višini okrog 7,4 milijard DEM (3,78 milijard EUR) za obveznosti dežele v zvezi s pridobljenimi sredstvi za pospeševanje gradnje stanovanj (glej razdelek II, točko 2).

([1]) V nadaljevanju zajema pojem „tveganju prilagojena tehtana aktiva“ vse tvegane in tveganju prilagojene postavke.

([2]) Dejansko bi morale nove zahteve po lastnem kapitalu začeti veljati že 1. januarja 1993, ampak so v Nemčije stopile v veljavo z zamudo.

([3]) Vendar pa je ta številka temeljila na bolj ozki opredelitvi lastnih sredstev kot opredelitev uporabljena v Direktivi o lastnih virih sredstev.

([4]) UL L 29, 5.2.93, str. 1.

([5]) Vendar pa je treba pripomniti, da niso bili spremenjeni le pragi, ampak tudi opredelitvi pojmov „lastna sredstva“ in „tveganju prilagojena tehtana aktiva“.

([6]) JUL L 386, 30.12.89, str. 1.

([7]) Mesečno poročilo *Deutsche Bundesbank*, maj 1993, str. 49.

([8]) Glej med drugim dokument 11/2329 deželnega zbora Severno Porenje-Vestfalija.

([9]) Zakon, ki ureja pospeševanje gradnje stanovanj z dne 18. decembra 1991 (Uradni list dežele Severno Porenje-Vestfalija, št. 61, z dne 30. decembra 1991, str. 561).

(41) WestLB je postala univerzalni pravni naslednik Wfa (z izjemo jamstva Wfa nasproti deželi za dolgove dežele zaradi pospeševanja gradnje stanovanj, ki je bilo s prenosom odpravljeno). Wfa je postala organizacijsko in ekonomsko neodvisna javnopravna oseba brez pravne sposobnosti znotraj WestLB. Osnovni kapital in rezerve Wfa je treba v bilanci stanja WestLB prikazati kot posebno rezervo. Dežela na podlagi *„Anstaltslast“* in *„Gewährträgerhaftung“* še naprej jamči za obveznosti Wfa.

(42) Prenesena sredstva, torej osnovni kapital, rezerve, deželna sredstva za pospeševanje gradnje stanovanj in druge terjatve Wfa ter prihodnja povračila iz stanovanjskih posojil, so tudi po prenosu na WestLB na podlagi člena 2 poglavja 16(2) omenjenega zakona ostala namenjena pospeševanju gradnje stanovanj. V isti določbi je bilo predvideno, da prenesena sredstva istočasno služijo kot lastni kapital v skladu z nemškim zakonom o bančništvu (in posledično z Direktivo o lastnih virih sredstev), na podlagi katerega se izračuna stopnja solventnosti banke. Potemtakem krijejo tudi konkurenčno dejavnost WestLB.

(43) Ob prenosu so lastniki WestLB spremenili okvirni sporazum in se dogovorili, da sredstva namenjena pospeševanju gradnje stanovanj ostajajo vedno nespremenjena, tudi če bi WestLB utrpela izgube, ki bi izčrpale začetni kapital. Interno je kapital Wfa glede jamstva podrejen ostalim lastnim sredstvom WestLB. V okvirnem sporazumu je bilo natančno pojasnjeno, da *Anstaltslast* lastnikov WestLB zajema tudi posebno rezervo Wfa. V primeru likvidacije WestLB bi dežela imela prednostno pravico do kapitala Wfa. Poleg tega je bilo v tem okvirnem sporazumu navedeno, da povečanje obsega lastnega kapitala WestLB s prenosom Wfa predstavlja denarno storitev, za katero se morajo lastniki dogovoriti o višini letnega nadomestila, kakor hitro bodo znani prvi rezultati za poslovna leta od 1992 dalje ([1]). To je bilo potem predmet protokola k okvirnemu sporazumu z dne 11. novembra 1993. Kljub temu notranjemu dogovoru o zagotovitvi sredstev Wfa in notranji podrejenosti kapitala Wfa, se v zunanjih razmerjih WestLB ne dela razlik med dejavnostmi Wfa kot ustanove za pospeševanje gradnje stanovanj na eni strani in funkcijo njenih lastnih sredstev kot rizični lastni kapital WestLB na drugi strani. Prenesena sredstva so v celoti in neposredno na razpolago WestLB za kritje izgub ali v primeru stečajnega postopka za kritje terjatev upnikov.

(44) V sporazumu o opravljanju poslov iz zakona o pospeševanju gradnje stanovanj med deželo in WestLB je predvideno, da bo WestLB posebno rezervo uporabljala za kritje lastnih poslovnih dejavnosti le, v kolikor bo zagotovljeno izpolnjevanje nalog Wfa, ki so predvidene v zakonu.

([1]) Po navedbah Nemčije je tam uporabljen izraz „denarna storitev“ nenatančen in je bil kasneje pojasnjen.

(45) Čeprav je Wfa izgubila pravno neodvisnost, s tem ko je postala oddelek ta pospeševanje gradnje stanovanj znotraj WestLB, in je vključena v poslovne knjige WestLB, v operativnem smislu ni bila vključena v WestLB. Wfa je torej ostala ločena oseba znotraj WestLB pod imenom *Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen – Anstalt der Westdeutschen Landesbank Girozentrale*. Ta novi oddelek WestLB za pospeševanje gradnje stanovanj se sicer upošteva v poslovnih knjigah WestLB, a vodi tudi svoje lastne poslovne knjige. Nekdanji oddelek WestLB za pospeševanje gradnje stanovanj se je združil z Wfa.

(46) Prenesena sredstva Wfa osnovnega kapitala, rezerv, ostalih sredstev in prihodnjih dobičkov so še vedno namenjena pospeševanju gradnje stanovanj in se morajo zato upravljati ločeno od ostalih poslovnih dejavnosti WestLB. Istočasno je ta ločitev predpogoj za to, da se lahko pospeševanje gradnje stanovanj po nemškem davčnem pravu še naprej priznava kot neprofitna dejavnost. Ker so nemški organi izhajali iz tega, da bo Wfa po vključitvi dejansko ostala neprofitna ustanova, davčne oprostitve iz razdelka II, številka 2 niso bile ukinjene.

(47) Tekmeci WestLB so nasprotovali združitvi monopolnih Wfa in WestLB tudi zaradi tega, ker so se bali, da bo WestLB lahko informacije pridobljene na področju pospeševanja gradnje stanovanj izkoristila za pridobitev novih strank za svoje komercialne dejavnosti. Pristojni organi so se zavezali, da bodo zagotovili, da zaradi tega ne bo prišlo do izkrivljanj konkurence, zlasti z ločitvijo oddelka za pospeševanje gradnje stanovanj od komercialnih oddelkov WestLB glede osebja, informacij, itd ([2]).

(48) Z razdružitvijo WestLB s 1. avgustom 2002 (s povratno veljavo po računovodskih predpisih s 1. januarjem 2002) z zakonom dežele Severno Porenje-Vestfalija z dne 2. julija 2002 je bila Wfa vključena v *Landesbank Nordrhein-Westfalen* in s tem umaknjena iz konkurenčnih dejavnosti, ki so sedaj združene v WestLB AG.

b) VREDNOST WFA

(49) Nominalna vrednost sredstev Wfa, ki so bila z 31. decembrom 1991 prenesena na WestLB je znašala okrog 24,9 milijard DEM (12,73 milijard EUR), od katerih je skoraj 24,7 milijard DEM (12,68 milijard EUR) pripadlo deželnim sredstvom za pospeševanje gradnje stanovanj. Ker so ta finančna sredstva služila za financiranje posojil za gradnjo stanovanj, ki bodisi niso obrestovana ali so obrestovana z znižanimi obrestmi in imajo pogosto dolga obdobja mirovanja, je bilo treba za določitev njegove dejanske vrednosti nominalni kapital močno diskontirati.

([2]) Poglavje 13 zakona o prenosu sredstev določa, da mora oddelek za pospeševanje gradnje stanovanj svoje naloge izpolnjevati na način, ki je ima nevtralen učinek na konkurenco. Dejanski ukrepi, ki to zagotavljajo, so določeni v pogodbi med WestLB in deželo.

(50) WestLB je s 1. januarjem 1992 pri revizijskem podjetju naročila izvedensko mnenje o določitvi sredstev Wfa. To mnenje je bilo dostavljeno 30. aprila 1992. Treba je pripomniti, da je bila ta ocenitev vrednosti izvedena po tem, ko je dežela sklenila prenos Wfa.

(51) Kar zadeva metodo ocenjevanja so revizorji trdili, da Wfa zaradi trajajoče obveznosti, po kateri mora vse prihodnje dohodke reinvestirati v posojila za gradnjo stanovanj z znižanimi obrestmi ali brez obresti, dejansko nima nobene kapitalizirane vrednosti. Ta obveznost pa v primeru unovčenja Wfa preneha. Prednost Wfa za WestLB naj bi obstajala, prvič, v povečanju lastnih sredstev in s tem povezane možnosti širjenja dejavnosti in drugič, v izboljšanju bonitete zaradi znatnega povečanja lastnega kapitala. Ker WestLB ni imela nobene koristi od običajne dejavnosti Wfa, bi se morala vrednost Wfa določiti na podlagi morebitnega iztržka od njene prodaje, in sicer brez obveznosti reinvestiranja, ki obstaja samo v notranjem razmerju. Sredstva bi se tako morala vrednotiti glede na običajni donos, t.j. morala biti znižana na vrednost, na podlagi katere bi se nominalna povračila lahko štela za običajni tržni donos.

(52) Revizorji so popravili vrednost različnih postavk sredstev in obveznosti Wfa – posojila za gradnjo stanovanj so bila znižana z nominalne vrednosti 30,7 milijard DEM (15,7 milijard EUR) na 13,5 milijard DEM (6,9 milijard EUR), kar ustreza popravku 56 % – ter izračunali neto sredstva Wfa v višini 5,9 milijard DEM (3,02 milijarde EUR). To ustreza celotnemu diskontiranju 76 % v primerjavi s takratnimi neto sredstvi Wfa 24,9 milijard DEM (12,7 milijard EUR). Po tem vrednotenju je bil znesek 5,9 milijard DEM (3,02 milijarde EUR) v poslovnih knjigah WestLB knjižen kot posebna rezerva ustanove za pospeševanje gradnje stanovanj („*Sonderrücklage Wohnungsbauförderungsanstalt*“).

(53) Potem ko je WestLB zaprosila nemški bančni nadzorni organ (*Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen* – „BAKred“), da znesek 5,9 milijard DEM (3,02 milijarde EUR) prizna kot temeljni lastni vir sredstev WestLB, je BAKred naročil ocenitev vrednosti pri drugem revizijskem podjetju. Ta je bila izdelana dne 30. septembra 1992. Preiskava, ki je bila izvedena za BAKred, je preverjala verodostojnost ocene vrednosti, izvedene za WestLB, in sprejela metodološki pristop vrednotenja. Vendar pa je to vrednotenje, zlasti zaradi izbire drugačne diskontne stopnje in različne obravnave odkupov pred dospelostjo („*Vorfälligkeitstilgungen*“) izračunalo neto sredstva Wfa od 4 milijard DEM (2,05 milijarde EUR) do 5,4 milijarde DEM (2,76 milijarde EUR).

(54) Na podlagi te ocene je BAKred dne 30. decembra 1992 4 milijarde DEM (2,05 milijarde EUR) dokončno priznal kot temeljni lastni vir sredstev WestLB v skladu z nemškim zakonom o bančništvu. Znesek 5,9 milijard DEM (3,02 milijarde EUR), ki je v bilanci stanja WestLB vknjižen kot lastni kapital in znesek, priznan kot temeljni lastni vir sredstev, se od takrat nista spremenila.

(55) Obe oceni prenesenih sredstev sta upoštevali položaj, ki je nastal po odpravi jamstvenih obveznosti Wfa nasproti deželi, ki so bile ocenjene na približno 7,3 milijarde DEM (3,73 milijarde EUR).

c) POSLEDICE PRENOSA WFA ZA WESTLB

(56) 31. decembra 1991 je WestLB razpolagala s priznanimi lastnimi sredstvi v višini 5,1 milijarde DEM (2,6 milijarde EUR), od katerih je bilo 500 milijonov DEM (260 milijonov EUR) pripisanih pravicam za udeležbo pri dobičku. Stopnja solventnosti je v skladu z določili nemškega zakona o bančništvu, pred njegovo prilagoditvijo bančnim direktivam Skupnosti, znašala okrog 6,1 % in s tem 0,5 %-točk nad takrat zakonsko predpisano minimalno ravnijo.

(57) Ker je BAKred kapital Wfa priznal kot lastna sredstva WestLB, so se lastna sredstva WestLB povečala na skupaj 9,1 milijarde DEM (4,65 milijarde EUR), torej za 79 %. Ob upoštevanju dodelitve v rezerve iz dobička v višini 100 milijonov DEM (50 milijonov EUR), so se lastna sredstva WestLB povečala na 9,2 milijarde DEM (4,7 milijarde EUR) z 31. decembrom 1992. To je ob upoštevanju kapitala in tveganju prilagojene tehtane aktive Wfa ustrezalo stopnji solventnosti 8,7 %.

(58) Tabela 1: Potrebe po kapitalu in lastna sredstva WestLB in Wfa (po podatkih nemških organov) (v milijonih DEM)

(v milijonih DEM)

(dne 31. decembra)	1991	1992
Tveganju prilagojena tehtana aktiva WestLB (brez Wfa)	83 000	91 209
Tveganju prilagojena tehtana aktiva Wfa	13 497	14 398
Tveganju prilagojena tehtana aktiva WestLB (z Wfa) (*)		105 607
Zahtevana lastna sredstva WestLB (**) (= a)	4 611	5 867
Zahtevana lastna sredstva WestLB brez Wfa (**) (= b)		5 067
Lastni viri sredstev WestLB (= c)	5 090	9 190
Lastni viri sredstev WestLB brez Wfa (= d)		5 190
Izkoristek lastnih virov sredstev WestLB (= a/c)	91 %	64 %
Izkoristek lastnih virov sredstev WestLB brez Wfa (b/d)		98 %

(*) Prenos Wfa je začel veljati 1. januarja 1992.

(**) Na podlagi takrat veljavnih zahtev 5,6 %.

(59) Ta stopnja solventnosti 8,7 % upošteva povečanje tveganju prilagojene tehtane aktive WestLB v višini 8,2 milijarde

DEM (4,19 milijarde EUR) oz. 9,9 % v letu 1992, ki ni povezano s pospeševanjem gradnje stanovanj. Če bi do tega povečanja prišlo brez prenosa Wfa, bi stopnja solventnosti WestLB z 31. decembrom 1992 padla na 5,7 %, torej skoraj na raven minimalne zahteve 5,6 %.

(60) Medtem ko je celoten kapital Wfa namensko vezan za dejavnosti pospeševanja gradnje stanovanj, je za kritje tveganju prilagojene tehtane aktive v skladu s predpisi o solventnosti potreben le del lastnih sredstev Wfa. Po podatkih nemških organov je bilo v ta namen v času, ko so začele veljati nove zahteve po lastnem kapitalu, potrebnih 1,5 milijarde DEM (770 milijonov EUR). To pomeni, da je preostalih 2,5 milijarde (1,28 milijarde EUR) WestLB lahko v tistem času uporabil kot lastna sredstva za kritje svojih konkurenčnih dejavnosti.

(61) Pri skupini WestLB je bila stopnja solventnosti z dne 31. decembra 1991 z 5,8 % za 0,2 %-točke nad takratno minimalno ravnijo. Leto kasneje, potem ko je BAKred priznal kapital Wfa, je stopnja ob upoštevanju tveganju prilagojene tehtane aktive Wfa znašala 8,1 %. Če do prenosa sredstev ne bi prišlo in bi skupina kljub temu povečala tvegana sredstva, ki niso povezana s pospeševanjem gradnje stanovanj, kar je dejansko storila, bi stopnja solventnosti skupine padla na 5,3 % in s tem za 0,3 %-točke pod takrat veljavno minimalno vrednostjo.

(62) 30. junija 1993, ko so za nemške kreditne institucije začele veljati nove zahteve po lastnem kapitalu v skladu z Direktivo o lastnih virih sredstev in Direktivo o solventnosti, je stopnja solventnosti skupine (vključno z zahtevami po lastnem kapitalu Wfa), izračunana na podlagi novih predpisov, znašala 9 %, torej 1 %-točko nad minimalno vrednostjo (pri tem je 6,3 %-točke pripadlo temeljnim lastnim virom sredstev in 2,7 %-točke dodatnim lastnim virom sredstev). Brez dotoka lastnega kapitala z vključitvijo Wfa in brez tveganih sredstev bi skupina 30. junija 1993 dosegla stopnjo solventnosti približno 7,2 %. Stopnja 9 % je bila dosežena s prevzemom dodatnih lastnih sredstev v obliki podrejenih posojil v višini približno 2,9 milijarde DEM (1,48 milijarde EUR) v začetku leta 1993. WestLB je tekom leta 1993 skupaj prevzela 3,1 milijarde DEM (1,59 milijarde EUR) dodatnih lastnih virov sredstev, s čimer so se lastni viri sredstev skupine v skladu z nemškim zakonom o bančništvu do konca istega leta povečali na 12,9 milijard DEM (6,6 milijard EUR). Stopnje solventnosti so bile v primerjavi s 30. junijem konec leta 1993 nekoliko nižje.

(63) Tabela 2: Potrebe po kapitalu in lastni viri sredstev skupine WestLB (po podatkih nemških organov) (v milijonih DEM)

(v milijonih DEM)

(Povprečne vrednosti)	1992 (*)	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002 (#)
Bilančna vsota	271 707	332 616	378 573	428 622	470 789	603 798	693 026	750 558	782 410	844 743	519 470
Tveganju prilagojena tehtana aktiva	126 071	120 658	151 482	156 470	173 858	204 157	259 237	[…] (+)	[…]	[…]	[…]
Zahtevana temeljna sredstva (= a)	4 758	4 827	6 060	6 259	6 954	8 167	10 370	[…]	[…]	[…]	[…]
Zahtevana lastna sredstva skupaj (= b)	9 351	9 653	12 119	12 517	13 908	16 333	20 739	[…]	[…]	[…]	[…]
Temeljni lastni viri sredstev skupaj (= c)	5 117	8 818	9 502	9 769	9 805	10 358	11 378	[…]	[…]	[…]	[…]
Dodatni lastni viri sredstev	500	2 495	4 513	4 946	5 270	7 094	10 170	[…]	[…]	[…]	[…]
Lastni viri sredstev skupaj (= d)	5 617	11 313	14 015	14 715	15 075	17 452	21 548	[…]	[…]	[…]	[…]
Izkoristek temeljnih lastnih virov sredstev WestLB (= a/c)	93 %	55 %	64 %	64 %	71 %	79 %	91 %	[…]	[…]	[…]	[…]
Izkoristek lastnih virov sredstev skupaj (= b/d)	166 %	85 %	86 %	85 %	92 %	94 %	96 %	[…]	[…]	[…]	[…]

(*) Anomalije iz tega leta se pripišejo spremembi metode za vknjižbo aktive Wfa v bilanco stanja, spremembi opredelitve pojma lastnega kapitala, spremembi stopnje solventnosti in času priznanja kapitala Wfa s strani BAKred-a.

(#) Številke se nanašajo na WestLB AG, v katero so bile leta 2002 vključene konkurenčne dejavnosti nekdanje *Westdeutsche Landesbank Girozentrale*.

(+) Zaupen podatek, tudi v nadaljevanju označen z […]

(64) V absolutnih številkah se je s temeljnimi lastnimi sredstvi 4 milijard DEM (2,05 milijarde EUR) teoretično povečala možnost, da se obseg poslovanja razširi s 100 % tveganju prilagojeno tehtano aktivo po prejšnjem nemškem zakonu o bančništvu (minimalna stopnja solventnosti 5,6 %) za 72 milijard DEM (36,8 milijarde EUR). Na podlagi minimalne stopnje solventnosti 8 %, ki se uporablja od 30. junija 1993, bi ustrezna vrednost znašala 50 milijard DEM (25,6 milijarde EUR). Ob predpostavki, da je bil konkurenčnim dejavnostim skupine WestLB na razpolago kapital Wfa v vrednosti 2,5 milijarde DEM (1,28 milijarde EUR), se je njena 100 % tveganju prilagojena tehtana kreditna sposobnost povečala za 31,3 milijarde DEM (16 milijard EUR).

(65) Dejansko pa se je dovoljen obseg kreditiranja razširil v veliko večji meri, saj aktiva banke običajno ni 100 % tveganju prilagojena tehtana aktiva. Ob koncu leta 1993 je tveganju prilagojena tehtana aktiva skupine WestLB (vključno z dejavnostmi Wfa) znašala 148,6 milijard DEM (76 milijard EUR). Bilančna vsota je znašala 332,6 milijard DEM (170,1 milijarde EUR). To pomeni povprečno 45 % tehtano tveganje ([1]). Pri stalni strukturi tveganja je bilo z razpoložljivimi temeljnimi lastnimi viri sredstev 2,5 milijard DEM (1,28 milijarde EUR) na podlagi 8 % deleža lastnih sredstev, ki je določen v bančnih direktivah ES, skupno povečanje (oz. kritje obstoječih poslovnih dejavnosti) za približno 69,4 milijarde DEM (35,5 milijard EUR) možno. Ker je povečanje temeljnih lastnih sredstev WestLB omogočilo, da si priskrbi dodatne lastne vire sredstev (do višine temeljnih lastnih sredstev), se je tako njena dejanska kreditna sposobnost posredno še bolj povečala.

(66) Na podlagi tega lahko pridemo do več zaključkov. Prvič, brez povečanja kapitala bi WestLB imela težave ostati nad minimalno stopnjo solventnosti na podlagi nemškega zakona o bančništvu v različici pred njegovo prilagoditvijo bančnim direktivam Skupnosti. Drugič, brez prenosa Wfa bi skupina WestLB minimalno stopnjo solventnosti na podlagi Direktive o solventnosti dosegla samo z zmanjšanjem svoje tveganju prilagojene tehtane aktive ali z aktiviranjem drugih virov lastnih sredstev (npr. razkritje skritih rezerv). Zbiranje dodatnih lastnih sredstev bi predstavljalo le začasno rešitev, saj je višina tega kapitala omejena z višino razpoložljivih temeljnih lastnih virov sredstev. Tretjič, povečanje kapitala je v povezavi z novimi dodatnimi lastnimi viri sredstev, ki so bila zbrana leta 1993, preseglo znesek, ki ga skupina potrebuje za izpolnjevanje strožjih zahtev po lastnem kapitalu noveliranega nemškega zakona o bančništvu.

([1]) Pri tem izračunu se ne upošteva tveganih zunajbilančnih transakcij.

(67) Kar zadeva omejitev velikih kreditov s strani nadzorstva, je 50-odstotni prag prejšnje različice nemškega zakona o bančništvu ustrezal približno 2,5 milijardam DEM (1,28 milijarde EUR), pred priznanjem kapitala Wfa. Po priznanju kapitala Wfa in dodelitve v rezerve iz dobička v višini 100 milijonov DEM (50 milijonov EUR), se je prag dvignil na skoraj 4,6 milijarde DEM (2,35 milijarde EUR). 15-odstotni prag za velike kredite, ki skupaj ne smejo preseči osemkratne vrednosti lastnega kapitala banke, je ustrezal 760 milijonom DEM (390 milijonom EUR) z 31. marcem 1992. Leto kasneje, torej po priznanju kapitala Wfa, se je prag zvišal na skorajda 1,4 milijarde DEM (720 milijonov EUR). Sposobnost WestLB za odobritev velikih kreditov se je zaradi prenosa Wfa povečala za 32 milijard DEM (16,4 milijard EUR) (torej za osemkrat več kot povečanje lastnih sredstev) ([2]).

d) NADOMESTILO ZA PRENOS WFA

(68) Prenos Wfa ni spremenil lastniške strukture WestLB. Zaradi tega dežela Severno Porenje-Vestfalija ne prejme nadomestila za kapital, ki ga je zagotovila, niti v obliki večjega deleža izplačanih dividend niti večjega deleža kapitalskih donosov iz udeležb v WestLB.

(69) Ob prenosu Wfa so lastniki WestLB spremenili okvirni sporazum. Poglavje 5(2) sporazuma navaja, da razširitev kapitalske osnove WestLB s strani dežele po mnenju lastnikov predstavlja finančno ugodnost za ostale lastnike. Višina nadomestila za zagotovljen kapital naj bi se določila po objavi rezultatov WestLB za poslovno leto 1992, torej kmalu po prenosu. Podobno formuliranje v zvezi z vrednostjo prenosa in nadomestila se nahaja v utemeljitvi zakona o prenosu.

(70) Na koncu se je določilo nadomestilo za zagotovljen kapital na ravni 0,6 % letno. WestLB mora to nadomestilo plačati iz dobičkov po obdavčitvi, kar za WestLB pomeni približno 1,1 % obremenitev pred obdavčitvijo ([3]). Nadomestilo se plačuje samo v primeru, če se ustvarjajo dobički.

(71) Osnova za nadomestilo je kapital Wfa, ki ga je BAKred priznal kot temeljni lastni vir sredstev, torej 4 milijarde DEM (2,05 milijarde EUR). Nadomestilo se plača le za tisti del kapitala, ki ga Wfa ni potrebovala za kritje svojih dejavnosti pospeševanja gradnje stanovanj. Ta del, ki je bil WestLB na razpolago za kritje njenih poslovnih dejavnosti, je znašal 2,5 milijarde DEM (1,28 milijarde EUR) po začetku veljavnosti novih zahtev po lastnem kapitalu in se je od takrat še povečal ([4]).

([2]) Treba je opomniti, da se z novimi predpisi niso spremenile le stopnje, ampak tudi opredelitvi pojmov „lastna sredstva“ in „tveganju prilagojena tehtana aktiva“.

([3]) Na podlagi študije o plačanem nadomestilu s strani WestLB, ki jo je predložila Nemčija, je davek od dobička pravnih oseb do leta 1993 znašal 46 % in potem 42 %. K temu se je prištel še solidarnostni dodatek 3,75 % v letu 1992, 0 % v letu 1993 in potem 7,5 %.

([4]) V kolikor je v nadaljevanju govora o znesku, ki ga je treba plačati za nadomestilo, se zaradi poenostavitve in neodvisno od tega, da se razlikovanje med namensko vezanim kapitalom za dejavnosti Wfa in zneskom, s katerim razpolaga WestLB, s časom spreminja, ta znesek vedno nanaša na položaj konec leta 1993, torej na razliko med 1,5 milijarde DEM (770 milijonov EUR) in 2,5 milijarde DEM (1,28 milijarde EUR).

(72) Tabela 3: Posebna rezerva za pospeševanje gradnje stanovanj in potrebe po lastnih sredstvih Wfa (po podatkih nemških organov)

(v milijonih DEM)

(31. december)	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Posebna rezerva za pospeševanje gradnje stanovanj	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900
od tega priznani kot temeljni lastni viri sredstev	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000
za stanovanjska posojila Wfa	1 668	1 490	1 181	952	892	888	887	[…]	[…]	[…]	[…]
za WestLB	13 (*)	2 510	2 819	236	3 108	3 112	3 113	[…]	[…]	[…]	[…] (#)

(*) Ker je BAKred kapital Wfa sprejel šele 30. decembra 1992, je bil kapitalski delež 2,332 milijarde DEM (1,2 milijarde EUR) WestLB v letu 1992 na razpolago samo dva dneva. Iz tega sledi, da je imela WestLB v tem letu na razpolago kapital v višini povprečno 13 milijonov DEM (7 milijonov EUR).

(#) Ker se je zaradi razdružitve WestLB kapital Wfa lahko uporabljal za kritje konkurenčnih dejavnosti samo do 1. avgusta 2002, je treba razliko […] med skupnim zneskom priznanih temeljnih virov lastnih sredstev […] in zneskom, potrebnim za stanovanjska posojila Wfa v višini 632 milijonov DEM, pomnožiti s faktorjem 7/12. Tako dobimo kapital v višini […], ki je v povprečju na razpolago za konkurenčne dejavnosti WestLB v letu 2002.

III. PRIPOMBE ZAINTERESIRANIH STRANK

1. *PRITOŽBA IN PRIPOMBE BDB*

(73) Po mnenju BdB uporaba načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu ni omejena na podjetja, ki prinašajo izgubo ali so potrebna sanacije. Takšen vlagatelj se pri odločitvi o naložbi ne sprašuje ali zadevno podjetje sploh donosno posluje, temveč preverja, ali donosnost ustreza tržnim stopnjam. Če bi se kapitalski vložki javnega sektorja preverjali samo v primeru podjetij, ki ustvarjajo izgubo, bi to privedlo do diskriminiranja zasebnih podjetij in s tem kršitve člena 86(1) Pogodbe ES.

(74) Prav tako se člen 295 Pogodbe ES ne more uporabiti za to, da bi se prenos sredstev Wfa izvzel iz območja veljavnosti pravil o konkurenci. Kvečjemu se lahko iz tega člena izpelje pravica dežele, da ustvari takšna posebna sredstva; kakor hitro pa se ta prenesejo na komercialno podjetje, se uporabljajo pravila o konkurenci.

a) PRIMERNO NADOMESTILO ZA KAPITAL

(75) BdB je navedel, da se priznani temeljni lastni viri sredstev v višini 4 milijard DEM (2,05 milijarde EUR) lahko, tako kot vsa druga temeljna lastna sredstva, uporabljajo za kritje poslovnih dejavnosti in istočasno, tako kot vsi druga temeljna lastna sredstva, omogočajo tudi zbiranje dodatnih lastnih sredstev zaradi solventnosti. S prenosom sredstev je dežela WestLB, ki posluje z zelo omejenim obsegom lastnega kapitala, omogočila ne le, da se izogne omejitvi poslovne dejavnosti, temveč da še razširi svoje tvegane dejavnosti. Znesek, v višini katerega lastna sredstva presegajo dejansko potrebo po lastnem kapitalu, vpliva poleg tega tudi na stroške financiranja na kapitalskih trgih. BdB meni, da vlagatelj v tržnem gospodarstvu ne bi vložil kapitala v svoje podjetje, če bi bili finančni rezultati podjetja dosledno slabi in nič ne bi kazalo na znatno izboljšanje, t. j. nobenih znakov, da se bo donosnost v prihodnosti povečala.

i. *Višina nadomestila*

(76) BdB poudarja, da je WestLB nujno potrebovala temeljne lastne vire sredstev, in da je prenos Wfa skoraj podvojil temeljna lastna sredstva WestLB s 4,7 milijarde DEM (2,4 milijarde EUR) na 8,7 milijarde DEM (4,45 milijarde EUR). Glede na takratne slabe finančne rezultate WestLB ne bi noben zasebni vlagatelj v slednjo vložil tako velikega zneska lastnega kapitala. Za zagotovitev kapitala pod danimi pogoji, bi zasebni vlagatelj zahteval najmanj pribitek 0,5 odstotka na običajni donos na lastni kapital. Po podatkih BdB je donosnost WestLB v desetih letih pred prenosom znašala povprečno 5,6 % pred obdavčitvijo. Pri zasebnih nemških velikih bankah so v zadevnem časovnem obdobju ustrezne številke znašale med 12,4 % in 18,6 %, s povprečno vrednostjo 16,8 % (pred obdavčitvijo). Druge deželne banke naj bi ustvarjale donose med 9 % in 11 %. BdB je predložil izračun donosa na lastni kapital nemških bank, ki ga je za BdB izdelalo zunanje svetovalno podjetje.

(77) Kar zadeva ustrezno metodo izračunavanja primerjalne vrednosti donosa, je BdB zastopalo mnenje, da je treba zgodovinske donose izračunati kot aritmetično in ne kot geometrično sredino (*compound annual growth rate*). Slednja metoda predpostavlja, da vlagatelj reinvestira dividende, in zato te dodatne donose iz tega reinvestiranja upošteva pri izračunu. Vendar pa način reinvestiranja dividend ne more

vplivati na prvotno odločitev o naložbi, ampak mora biti to obravnavano kot nova, od tega ločena odločitev o naložbi. Zato bi se morala uporabiti metoda z aritmetično sredino.

(78) V kolikor pa se uporabi metoda „compound annual growth rate“ znaša povprečen donos nekaterih zasebnih nemških velikih bank v časovnem obdobju med letom 1982 in 1992 po obdavčitvi 12,54 %. Pri izračunu te vrednosti je BdB po lastnih navedbah upošteval vsa možna obdobja posedovanja za naložbe in prodaje med letom 1982 in 1992, da bi izključil popačenja, ki bi lahko nastalo, ker je bilo za osnovno leto vzeto le eno leto, v kolikor bi to leto pokazalo nenavadno visoke ali nizke tečaje delnic; istočasna uporaba več obdobij posedovanja služi izravnavi nihanj delniškega trga. BdB trdi, da so ustrezne številke WestLB prenizke, ker ne upoštevajo prihodka od prodaje pravic do vpisa.

(79) V zvezi z metodo „Capital Asset Pricing Model“, ki je bila uporabljena v osrednji študiji WestLB za utemeljitev nadomestila 0,6 %, je BdB predstavil svojo lastno zunanjo študijo. Ta študija je prišla do donosa lastnega kapitala v višini 12,21 % (z uporabo premije tveganja, ki je bila običajna za nemški trg v časovnem obdobju 1982 – 1991) oz. 14,51 % (na podlagi višje pričakovane premije tveganja), kar se nahaja nad vrednostjo, ki jo je navedla WestLB. Razliko lahko pripišemo dvema dejavnikoma. Prvič, BdB je uporabil višjo premijo tveganja za lastni kapital (3,16 % oz. 5 %). Drugič, BdB je uporabil višji beta faktor za kreditne institucije (1,25 %). Netvegana temeljna obrestna mera je enaka kot pri izračunu WestLB. Glede na različni metodi za izračunavanje donosa lastnega kapitala, je BdB najprej navedel vrednost od 14 % do 16 % kot običajno pričakovan donos lastnega kapitala.

(80) Nadalje BdB navaja, da zasebni manjšinski delničar ne bi vložil dodatnega kapitala, ne da bi zahteval povečanje svojega deleža v podjetju. Samo na ta način bi se lahko ustrezno udeleževal dobičkov podjetja in imel večji vpliv na podjetje.

(81) BdB je poudaril, da je dogovor med delničarji WestLB, po kateri je kapital Wfa v podrejenem položaju v primerjavi z ostalimi lastnimi viri sredstev WestLB za jamstvo, dejansko nima nobenega učinka, saj je dežela že na podlagi *Anstaltslast-a* dolžna WestLB v primeru težav zagotoviti potrebni kapital. Tako dežela kot lastnik WestLB jamči ne le za vse obveznosti WestLB, ampak tudi za lastni kapital Wfa, ki ga je sama vložila, ne da bi za to prejela kakršno koli povračilo. To pomeni, da bi zmanjšanje tveganja prenesenega kapitala lahko bil zgolj rezultat povečanega tveganja za deželo kot delničarja WestLB. Profil tveganja sredstev Wfa se tako ne razlikuje od profila tveganja običajnega lastnega kapitala.

(82) Glede primerjave z instrumenti lastnega kapitala na finančnem trgu, ki sta jo predložila Nemčija in WestLB (glej spodaj), BdB poudarja, da pravice za udeležbo pri dobičku in „cumulative perpetual stock“ niso primerljivi s sredstvi Wfa. Prvič sploh niso priznani kot temeljni lastni viri sredstev („cumulative perpetual stock“ v Nemčiji niso priznani niti kot dodatni lastni viri sredstev). Zaradi svoje kakovosti kot temeljni lastni vir sredstev so sredstva Wfa WestLB omogočila, da svoja lastna sredstva z zbiranjem dodatnih lastnih virov sredstev še poveča. Drugič, navedeni instrumenti so časovno omejeni, pravice za udeležbo pri dobičku pa izgubijo svojo kakovost kot dodatni lastni vir sredstev dve leti pred dospelostjo. Sredstva Wfa pa so WestLB na razpolago brez časovne omejitve. Tretjič predstavljajo takšni instrumenti običajno le omejen del lastnih sredstev banke in predpostavljajo precejšen delež temeljnih lastnih virov sredstev. Četrtič, z instrumenti na trgu se lahko trguje na trgih, kar pomeni, da lahko vlagatelji zaključijo svoje naložbe kadar želijo. Dežela te možnosti nima; kot izravnavo za to, da nima takšnih poslovnih možnosti, bi zasebni vlagatelj zahteval pribitek najmanj 0,5 odstotkov na običajni donos.

(83) BdB je Komisiji predložil tudi podatke o sestavi lastnega kapitala nekaterih zasebnih nemških velikih bank in njihove stopnje solventnosti, in sicer od leta 1990 dalje. Ti podatki kažejo, da nemške banke v začetku devetdesetih let prejšnjega stoletja v svojih temeljnih lastnih sredstvih niso imele na razpolago nobenih hibridnih instrumentov (ali pa teh vsaj niso uporabljale). Nadalje iz teh podatkov izhaja, da so bile kreditne institucije na splošno s svojo stopnjo solventnosti občutno nad zahtevano minimalno vrednostjo 4 % za temeljne lastne vire sredstev in 8 % za skupne lastne vire sredstev.

(84) BdB je podal tudi pripombe glede okvirnega sporazuma med delničarji WestLB, po katerem je kapital Wfa v podrejenem položaju v primerjavi z ostalimi lastnimi viri sredstev WestLB za jamstvo. Ker se izraz „ostali rizični lastni kapital“ nanaša tudi na dodatne instrumente lastnega kapitala, kot so pravice za udeležbo pri dobičku in podrejena posojila, in tako slabša njihov položaj, je dogovor „sporazum v škodo tretjih“ in s tem ničen. Tveganje posebne rezerve Wfa je tako večje kot tveganje pravice za udeležbo pri dobičku in podrejenih posojil.

(85) Na podlagi vseh teh razlogov BdB predpostavlja, da nadomestilo 0,6 %, ki ga je WestLB plačala, ne predstavlja običajne tržne stopnje. Ob upoštevanju okoliščine, da je WestLB morala zbrati likvidna sredstva, da bi lahko popolnoma izkoristila sredstva Wfa, in pomanjkanje udeležbe pri povečanju rezerv, ker se delež dežele v WestLB ni povečal, je BdB kot pravilno nadomestilo najprej sprejel stopnjo v razponu med 14 in 17 %. To stopnjo je bilo treba plačati za celoten priznan znesek 4 milijard DEM (2,05 milijard EUR).

ii. ***Likvidnostni stroški***

(86) V svoji pritožbi je BdB sprejel obstoj „likvidnostnih stroškov“ in meni, da bi bilo treba pri izračunu primernega nadomestila za kapital upoštevati odbitek 7 %. Ker pa je lastni kapital služil tudi za kritje zunajbilančnih dejavnosti, ki ne potrebujejo likvidnostih sredstev, bi bilo treba ta odbitek 7 % dejansko znižati.

(87) V svojih pripombah k odločitvi Komisije, da začela uradni postopek v skladu s členom 88(2) Pogodbe, BdB trdi, da se „likvidnostni stroški“ ne bi smeli upoštevati pri izračunavanju primernega donosa za sredstva Wfa. Ti stroški naj bi se izravnali že z diskontiranjem sredstev Wfa na denarno vrednost 5,9 milijard DEM (3,02 milijarde EUR). Različne bančne dejavnosti, kot npr. garancije, likvidnosti sploh ne potrebujejo. V kolikor naj bi se sploh upoštevali kakršni koli stroški, potem samo manjši odbitek 2,7 % za poravnavo, ker sredstva Wfa niso vključena v dobičkonosne dejavnosti. V ta namen je BdB predložil mnenje zunanjega izvedenca.

(88) BdB nadalje ugotavlja, da so stroški refinanciranja WestLB na ravni 7,5 % vsekakor previsoki. Na podlagi analize povprečnih tržnih obresti v posameznih letih za različne instrumente refinanciranja in glede na strukturo bilance WestLB, naj bi bila dejanska stopnja refinanciranja WestLB na trgih v letih 1992 do 1996 na povprečno ravni med 6,07 in 6,54 %. BdB je Komisiji predložil tudi podatke o stroških refinanciranja nekaterih zasebnih nemških velikih bank v času prenosa Wfa, katerih vrednosti so bile znatno pod 7,5 %, ki jih je WestLB v zgodnejši fazi postopka navedla kot primerne stroške refinanciranja. Poleg tega je po mnenju BdB treba razlikovati med vrednostmi pred in po obdavčitvijo. Stroški refinanciranja so namreč zmanjšali obdavčljive dobičke. V kolikor se upoštevajo stroški refinanciranja, je treba ustrezne stopnje refinanciranja izračunati šele po obdavčitvi.

iii. ***Kapitalska osnova za izračun nadomestila***

(89) Kot je bilo že navedeno, je BdB predlagal, naj se primerno nadomestilo plača za celoten znesek 4 milijard DEM (2,05 milijard EUR), ki je bil priznan kot temeljni lastni vir sredstev. Vendar pa je BdB v svojih pripombah navedel, da WestLB nima koristi samo od tega zneska, ki ga je BAKred priznal kot temeljni lastni vir sredstev, ampak tudi od preseženega zneska 1,9 milijarde DEM (970 milijonov EUR). Ta znesek se sicer ne more uporabiti za kritje dejavnosti, a se v bilanci stanja kljub temu knjiži kot lastni kapital. Rating agencije in vlagatelji ne gledajo na priznana temeljna lastna sredstva, temveč na celoten lastni kapital, ki je prikazan v bilanci stanja, saj slednji predstavlja osnovo za običajno oceno sredstev, ki so na razpolago za kritje izgub. Potemtakem znesek zviša boniteto WestLB in je zato treba zanj plačati nadomestilo, ki je primerljivo s premijo jamstva.

iv. ***Sinergijski učinki***

(90) Po mnenju BdB domnevni sinergijski učinki ne predstavljajo dejanskega razloga za prenos sredstev. To naj bi bilo tudi jasno razvidno iz tega, da je ukrep v zakonu o prenosu utemeljen z nujnostjo izboljšanja konkurenčnega položaja WestLB, in iz dogovora, da je za to dejanje treba plačati nadomestilo v denarju.

(91) Poleg tega BdB sprašuje, kako se lahko dosežejo sinergijski učinki, če komercialne dejavnosti Wfa in WestLB ostajajo ekonomsko, organizacijsko in kadrovsko ločene, kakor je predvideno v zadevnih pravnih predpisih. Če bi pri dejavnostih Wfa res prišlo do sinergij, bi to zmanjšalo stroške pospeševanja gradnje stanovanj, vendar se ne bi moglo šteti kot nadomestilo, ki bi ga dežela prejela s strani WestLB.

b) DAVČNI VIDIKI

(92) BdB navaja, da so sredstva Wfa tudi po prenosu oproščena davka od dobička pravnih oseb, davka od premoženja in obratovalnega davka. Davčne oprostitve za javnopravne kreditne institucije pa so upravičene samo v primeru, da te institucije opravljajo izključno dejavnosti za pospeševanje in tako ne delujejo v konkurenci z zasebnimi ustanovami, ki so davčni zavezanci.

(93) Po mnenju BdB običajna banka, ki zviša svoj kapital, bi morala za dodaten kapital letno plačati 0,6 % davka od premoženja in 0,8 % obratovalnega davka. Nasproti drugim bankam je tako WestLB postavljena v boljši položaj. Oprostitev od davka od dobička pravnih oseb naj bi WestLB koristila posredno. Odpoved davčnim prihodkom naj bi predstavljala državno pomoč v smislu člena 87(1) Pogodbe ES.

c) OPROSTITEV OBVEZNOSTI

(94) Wfa je bila pred prenosom oproščena obveznosti v višini 7,3 milijarde DEM (3,77 milijarde EUR) nasproti deželi. Dežela se je odrekla tem obveznostim Wfa, ne da bi za to od Wfa ali WestLB zahtevala nadomestilo. Vlagatelj v tržnem gospodarstvu bi za takšno oprostitev zahteval nadomestilo. Poleg tega je bila oprostitev jamstvenih obveznosti odločilen predpogoj za priznanje 4 milijard DEM (2,05 milijarde EUR) kot temeljnih lastnih sredstev s strani nemškega bančnega nadzornega organa (*Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen* – „BAKred“). Tako je WestLB od te oprostitve obveznosti imela neposredno korist.

2. *PRIPOMBE OSTALIH ZAINTERESIRANIH STRANK*

(95) Poleg WestLB in BdB sta svoje mnenje o odločitvi Komisije, da začne postopek v skladu s členom 88(2) Pogodbe ES, podali še dve drugi zainteresirani stranki.

a) ASSOCIATION FRANÇAISE DES BANQUES

(96) Francosko združenje bank *Association Française des Banques* navaja, da prenos lastnih sredstev v WestLB, za katerega se je zahtevalo le neznatno nadomestilo, ter obstoječe jamstvo dežele za banko povzroča izkrivljanje konkurence na škodo francoskih kreditnih institucij. Ker so delničarji WestLB zahtevali samo donos na lastni kapital, ki je občutno nižji od običajne ravni, lahko WestLB ponuja svoje storitve pri ceni, ki je nižja od stroškov („dumping"). Zaradi jamstva *Gewährträgerhaftung* ima WestLB rating „triple-A", na podlagi katerega se lahko na trgih refinancira pod zelo ugodnimi pogoji.

(97) Te ugodnosti WestLB postavljajo francoske banke, ki delujejo v Nemčiji, v slabši položaj. Istočasno lahko WestLB na podlagi teh posebnih pogojev razširi svoje poslovne dejavnosti v Franciji, zlasti na področju komunalnega financiranja. To povzroča izkrivljanje konkurence v bančnem sektorju v Nemčiji, Franciji in drugih državah članicah.

b) BRITISH BANKERS' ASSOCIATION

(98) Britansko združenje bank *British Bankers' Association* navaja, da je WestLB dejaven tekmec nenemških bank znotraj Nemčije in na celotnem evropskem trgu. Pomoči v korist WestLB zato izkrivljajo trgovino znotraj Skupnosti. Komisija je pozvana, da uveljavi načela enotnega trga in da bank, ki se nahajajo v javni lasti, ne izvzema iz pravil o konkurenci iz Pogodbe ES.

3. *PRIPOMBE WESTLB*

(99) Po objavi odločitve Komisije, da začne postopek v skladu s členom 88(2) Pogodbe ES, je WestLB kot mnenje predložila prepis pripomb Nemčije ob isti priložnosti ter izrekla svoje popolno soglašanje s tem sporočilom. Argumenti Nemčije torej na splošno predstavljajo tudi stališče WestLB, ki je zato predstavljeno le na kratko.

a) SPLOŠNE PRIPOMBE GLEDE PRENOSA SREDSTEV

(100) Po mnenju WestLB se načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu ne uporablja za gospodarsko donosna podjetja, ki poslujejo z dobičkom. To naj bi potrdilo Sodišče, ki je omenjeno načelo v preteklosti uporabljalo samo v primerih, ko je zadevno podjetje v času odločitve o naložbi že zelo dolgo poslovalo z izgubo in bilo dejavno v sektorju s strukturnimi presežnimi zmogljivostmi. Sodna praksa ne nudi nobene podlage za uporabo načela v primeru zdravih in donosnih podjetij.

(101) WestLB poudarja, da zaradi posebnih nalog Wfa njena sredstva niso primerljiva z običajnimi lastnimi sredstvi. Prenos sicer neuporabnih sredstev Wfa na WestLB predstavlja gospodarsko najbolj smiselno uporabo teh sredstev. S prenosom sredstev je dežela optimirala uporabo sredstev, ki so namensko vezana za pospeševanje gradnje stanovanj. Zasebni lastnik bi ravnal enako.

(102) Po mnenju WestLB povečanje udeležbe dežele po prenosu sredstev ne bi bilo le nepotrebno, ampak tudi nezdružljivo s posebnim profilom tveganja sredstev Wfa. Ker ne zagotavlja likvidnosti, prenos Wfa ni primerljiv z drugimi kapitalskimi vložki. Tudi drugi instrumenti lastnega kapitala na trgu nimajo glasovalnih pravic.

(103) Ker je nadomestilo, ki ga prejme dežela, ustrezno visoko, ni potrebe po povečanju donosnosti WestLB. Poleg tega pa ni razvidno, zakaj bi vlagatelj v tržnem gospodarstvu zahteval določen ciljni dobiček, če investira v donosno podjetje. Ker je WestLB v preteklosti ustvarjala dobičke, tudi ni bilo potrebe po načrtu za prestrukturiranje. Takšen načrt Sodišče zahteva samo v primeru podpore za prestrukturiranje za podjetja, ki ustvarjajo izgube.

b) PRIMERNO NADOMESTILO ZA KAPITAL

(104) Po mnenju WestLB je višina nadomestila, plačanega za kapital Wfa, primerna. Za podkrepitev svojega mnenja je WestLB predložila izvedenska mnenja investicijske banke, pri kateri je naročila oceno nadomestila. Ta izvedenska mnenja primerjajo profil tveganja kapitala Wfa z drugimi instrumenti lastnega kapitala na trgih kapitala, iz njih pa je izpeljano, da je posebna rezerva Wfa primerno obrestovana s stopnjo v razponu od 0,9 % do 1,4 %. To se primerja s stroški WestLB v višini 1,1 % (pred obdavčitvijo) za uporabo sredstev Wfa. WestLB poudarja, da pri polnem izkoristku sredstev Wfa nastanejo še dodatni stroški refinanciranja, ki se v različnih dokumentih gibljejo med 7,5 % in 9,3 %.

(105) WestLB trdi tudi, da so številke o donosih lastnega kapitala nemških bank, ki jih je predložil BdB, iz različnih razlogov netočne. Investicijsko obdobje, ki ga je BdB uporabil za izračun, vodi zaradi posebnih borznih gibanj do posebej visokih vrednosti donosov. Aritmetično povprečje, ki ga uporablja BdB, ne zagotavlja pravilnih rezultatov; za tovrstne izračune se uporablja geometrično povprečje oz. metoda „compound annual growth rate". BdB se v svojem izračunu nanaša na investicijska obdobja, ki so za odločitev o naložbi v letu 1992 nepomembne, in šteje, zaradi upoštevanja vseh možnih obdobij posedovanja, nekatera leta večkrat. Kreditne institucije, ki jih je BdB uporabil za izračun povprečne donosnosti kapitala za nemške velike

banke, zaradi različnih temeljnih dejavnosti niso primerljive z WestLB. Po mnenju WestLB se povprečna donosnost kapitala 16,6 %, ki jo je predstavil BdB, po prilagoditvi vseh teh elementov zniža na 5,8 %.

c) SINERGIJSKI UČINKI

(106) WestLB meni, da je vključitev Wfa v WestLB prvi prinesla znatne prihranke stroškov. V prvih dveh letih se je osebje Wfa (prej 588 oseb: zaposleni v „stari Wfa“ ter sodelavci oddelka za pospeševanje gradnje stanovanj WestLB, katerih stroške je pred prenosom nosila Wfa) zmanjšalo za 53 zaposlenih. V prvih letih je vključitev Wfa prinesla sinergijske učinke v višini 13 milijonov DEM (7 milijonov EUR). Zmanjšanje števila zaposlenih se bo nadaljevalo, tako da bi se prihranki do leta 1997 letno lahko zvišali za približno 25 milijonov DEM (13 milijonov EUR). Od teh zneskov naj bi imela korist izključno dejavnost pospeševanja gradnje stanovanj dežele. V drugem dokumentu je govora o sinergijskih učinkih v višini najmanj 35 milijonov DEM (18 milijonov EUR) letno.

(107) V okviru vključitve je WestLB prevzela izdatke v višini 33 milijonov DEM (17 milijonov EUR) za spremembo pokojninskega sistema za delavce Wfa in to vsoto plačala pokojninskim ustanovam zvezne države in dežel. To plačilo bo zmanjšalo kasnejše izdatke Wfa.

d) DAVČNE OPROSTITVE

(108) Po mnenju WestLB je oprostitev Wfa od določenih davkov skladna z nemškim davčnopravnim sistemom, po katerem zadevni davki ne veljajo za ustanove, ki služijo občekoristnim namenom in niso v konkurenci z ustanovami, ki plačujejo davke. Sama WestLB je neomejeno podvržena vsem tem davkom in nima nobene koristi od oprostitev, ki veljajo za Wfa. Omenja tudi, da se davek od premoženja ni spremenil vse od 1. januarja 1997, obratovalni davek pa vse od 1. januarja 1998.

e) OPROSTITEV OBVEZNOSTI

(109) Oprostitev zadevnih obveznosti se je izvršila pred prenosom in kasnejši oceni sredstev Wfa. Znesek 4 milijard DEM (2,05 milijarde EUR) tako predstavlja stanje brez obveznosti. Ker se nadomestilo nanaša na ta znesek, WestLB nima nobene koristi od oprostitve.

IV. **PRIPOMBE NEMČIJE**

(110) Po mnenju Nemčije transakcija v smislu Pogodbe ES ne vključuje nobenega elementa državne pomoči v korist WestLB. Dežela Severno Porenje-Vestfalija je prejela primerno nadomestilo, ki ustreza tržnim pogojem. Prav tako transakcija ne predstavlja državne pomoči za druge delničarje WestLB, ker je bila ohranitev lastniške strukture po vključitvi Wfa upravičena s plačilom primernega nadomestila s strani WestLB. Tudi davčne oprostitve, ki so veljale za Wfa, niso vsebovale elementov državne pomoči v korist WestLB, ker niso vplivale na komercialne dejavnosti banke.

(111) Po mnenju Nemčije lahko Komisija primer presoja le na podlagi danih okoliščin v času naložbe, t.j. konec leta 1991. Samo te okoliščine so lahko bile osnova za odločitev dežele o naložbi. Kasnejša vprašanja in razvoj dogodkov kot je priznanje rizičnega kapitala s strani nemškega bančnega nadzornega organa (*Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen*) in letna ocenitev ter vključitev sredstev in obveznosti Wfa v bilanco stanja WestLB, niso predmet preiskave Komisije.

(112) Nemčija meni, da segajo razmišljanja o vključitvi Wfa v WestLB v sedemdeseta in osemdeseta leta prejšnjega stoletja. Osnova teh razmišljanj je bila možnost za bolj učinkovito oblikovanje pospeševanja gradnje stanovanj. Pred vključitvijo je bil postopek za pridobitev posojila za gradnjo stanovanj precej zapleten, ker sta bili vanj poleg pristojnih javnih organov vključeni tako Wfa kot tudi WestLB. Znotraj WestLB je obstajal poseben oddelek „pospeševanje gradnje stanovanj“, katerega stroške je krila Wfa. Zaradi takšne strukture je prihajalo do podvojitve delovnih mest, podvojitve gradiva in dokumentov ter ostalih neučinkovitosti. Od prenosa dalje pa se upravičenci stanovanjskih posojil lahko obrnejo samo na enega namesto na dva sogovornika.

(113) Nemčija nadalje navaja, da bi lahko WestLB nove zahteve glede solventnosti izpolnila tudi z zbiranjem dodatnih lastnih sredstev. Za zagotovitev dolgoročnega delovanja banke pa je bilo bolj smiselno povišati temeljna lastna sredstva. Vse to kaže, da je osnovno vodilo pri prenosu ni bilo povišanje lastnega kapitala WestLB, temveč možni sinergijski učinki in izboljšanje postopkov za pospeševanje gradnje stanovanj. Sprememba zahtev glede solventnosti je zgolj sprožila vključitev.

(114) V ustrezni zakonski pobudi je že bilo zapisano, da se ohrani namenska vezanost deželnih sredstev za pospeševanje gradnje stanovanj, zagotovi njegova vsebina in ohranijo instrumenti stanovanjske politike. V skladu s tem mora WestLB upravljati Wfa kot organizacijsko in ekonomsko samostojno ustanovo, ki pripravi svoje lastne letne računovodske izkaze. V primeru likvidacije WestLB bi dežela imela prednostno pravico do neto sredstev Wfa. Vsi dohodki Wfa se vselej uporabljajo za dejavnost pospeševanja gradnje stanovanj. WestLB lahko za namene solventnosti uporabi samo tisti del lastnih sredstev Wfa, ki jih Wfa ne potrebuje za kritje lastnih sredstev. Dežela ohrani poseben vpliv na Wfa s pomočjo posebnih pravic do nadzora, informacij in sodelovanja.

(115) Navzven je odgovornost posebne rezerve neomejena. V primeru stečaja ali likvidacije WestLB bi imeli upniki neposreden dostop do posebne rezerve Wfa. Tudi v primeru

izgub bi se slednje lahko v celoti izravnale s posebno rezervo. V notranjem razmerju pa so lastniki WestLB vrstni red obremenitve rizičnega kapitala Wfa določili drugače. Tukaj so sredstva Wfa podrejena ostalemu lastnemu kapitalu WestLB. Ker pa ta interni dogovor ne vpliva na zakonsko odgovornost navzven, je BAKred dne 30. decembra 1992 posebno rezervo v višini 4,0 milijarde DEM (2,05 milijarde EUR) priznal kot temeljni lastni vir sredstev.

1. *NAČELO VLAGATELJA V TRŽNEM GOSPODARSTVU*

(116) Nemčija trdi, da dežela nikakor ni bila dolžna kot alternativo prenosu Wfa razmisliti tudi o privatizaciji, da bi na ta način WestLB omogočila dostop do trgov kapitala za pridobitev potrebnega lastnega kapitala. Dežela ni bila dolžna odpreti WestLB zasebnemu kapitalu. Takšna argumentacija bi kršila člen 295 Pogodbe ES.

(117) Povečanje skupne donosnosti WestLB ni bila potrebna, ker so ukrepi za povečanje donosa potrebni samo takrat, ko država investira v podjetja, ki poslujejo z izgubo. Sodišče je načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu vedno uporabljal samo v primerih državnega investiranja v podjetja, ki ustvarjajo izgubo in gospodarskih panogah s strukturnimi presežnimi zmogljivostmi. Iz sodne prakse ne izhaja, da je Komisiji dovoljeno preverjanje državnih naložb v zdrava in donosna javna podjetja, če ustvarjajo vsaj povprečen donos. Država lahko upošteva tudi dolgoročne strateške preudarke in uživa določeno podjetniško svobodo, in znotraj tega manevrskega prostora Komisija nima pravice preverjati odločitev podjetja. Komisija potemtakem ne sme zahtevati določenega najmanjšega donosa, dokler se lahko sklepa, da zadevna podjetja dolgoročno ne bodo ustvarjala izgube. Obenem pa so povprečni donosi pokazali, da številna podjetja znotraj določene panoge dejansko ne ustvarjajo povprečnih donosov. Nadalje ostaja nejasno, katera podjetja in obdobja naj se uporabijo za izračun povprečnega donosa. Država se pri podjetniških odločitvah ni dolžna ravnati samo po upoštevanju donosnosti. Tudi zasebni vlagatelj lahko upošteva druge vidike. K podjetniški svobodi sodi tudi možnost nadaljnjega vodenja podjetij s podpovprečno donosnostjo in vlaganje dodatnega kapitala v takšna podjetja. Mejo država doseže šele takrat, ko njenega ravnanja ni več mogoče ekonomsko upravičiti v primerjavi z morebitnim ravnanjem zasebnega vlagatelja.

(118) Vendar pa se izvedena transakcija lahko upraviči tudi na podlagi načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu kot ukrep, za katerega bi se odločil tudi zasebni vlagatelj. Vložena sredstva zaradi svoje namenske vezanosti niso primerljiva z „običajnim“ vložkom lastnega kapitala, prenos Wfa pa komercialno predstavlja najbolj razumno in učinkovito uporabo sredstev Wfa. Dežela je z vključitvijo v WestLB optimizirala vrednost sredstev Wfa. Če Wfa primerjamo z zasebno, neprofitno ustanovo (npr. dobrodelno ustanovo ali skladom), bi zasebni lastnik teh sredstev ravnal enako z namenom, da bi sicer neuporabna namensko vezana sredstva gospodarsko uporabil.

(119) Po mnenju Nemčije predstavlja javna namembnost sredstev Wfa nalogo splošnega gospodarskega interesa, ki na podlagi člena 295 Pogodbe ES ni podvržena nadzoru Komisije. V pristojnosti držav članic je, da ustvarijo takšna posebna namensko vezana sredstva.

(120) Nemčija trdi, da način izplačila primernega nadomestila nima pomena za pravila o državni pomoči. Ker je dežela prejela primerno nadomestilo, povečanje njenega deleža v WestLB ni bilo niti potrebno niti upravičeno, saj bi to deželi dejansko omogočilo dodatno ekonomsko ugodnost brez dodatnega povračila. Takšno povečanje deležev glede na poseben značaj sredstev Wfa (nezadostna likvidnost, podrejena odgovornost v notranjem razmerju) prav tako ne bi bilo ustrezno. Poleg tega obstajajo tudi drugi instrumenti na trgu kapitala, ki so primerljivi s sredstvi Wfa in prav tako nimajo glasovalnih pravic. Ker je dogovorjeno nadomestilo primerno, drugi delničarji ne prejmejo dodatnih prihodkov, ki jih pod običajnimi pogoji tržnega gospodarstva prav tako ne bi prejeli, privlačnost WestLB za druge vlagatelje pa se zaradi tega tudi ni povečala. Glede na to, da je lastniška struktura WestLB ostala fiksna in da noben nov (zasebni) delničar ni možen, bi bilo tudi hipotetično prenizko nadomestilo brez vpliva na potencialne zasebne vlagatelje. Tudi če bi ostali delničarji dejansko bili deležni ugodnosti, bi učinek na hranilnice bil premajhen, da bi bil zaznaven.

(121) Ker dežela prejema fiksno in primerno nadomestilo in ker je WestLB vselej bilo in je dobičkonosno podjetje, ki lahko brez vsakršnega dvoma izplača dogovorjeno nadomestilo, je dejanska raven donosnosti lastnega kapitala WestLB brez pomena, zato ni bilo potrebe, da dežela zahteva povečanje donosnosti banke.

2. *PRIMERNO NADOMESTILO ZA KAPITAL*

(122) Po mnenju Nemčije je WestLB za prenesena sredstva plačala primerno nadomestilo. Dejstvo, da bo WestLB morala plačati nadomestilo za kapital, ki ji je bil dan na razpolago, je dežela vedno obravnavala kot predpogoj za prenos. Višina in osnova za odmero nadomestila sta bili predmet temeljite razprave med vpletenimi stranmi. Ker pa leta 1991 še ni bilo znano, kateri znesek bo BAKred priznal kot temeljni lastni vir sredstev, je bilo nadomestilo določeno samo načelno, ne pa natančno v času prenosa sredstev. Dejanska stopnja 0,6 % je bila potem določena leta 1993 po pogajanjih z ostalimi delničarji WestLB ([1]). Nemčija Komisiji ni posredovala nobene dokumentacije z razlago,

([1]) Nadomestilo v višini 0,6 % letno je bilo določeno v protokolu k okvirnemu sporazumu z dne 11. novembra 1993.

kako je bila ta vrednost določena, marveč trdi, da iz vidika državne pomoči niso odločilni preudarki, ki so bili vzeti za osnovo stopnje nadomestila, temveč samo rezultat, ta pa je primeren. Fiksno nadomestilo se plača iz dobička, ki se lahko razdeli, torej pred izplačilom dividend. V kolikor nadomestilo v enem letu zaradi pomanjkanja dobička ni izplačano, pravica do kompenzacijskega plačila v naslednjih letih ne obstaja ([1]). Vrednost 0,6 % ustreza izdatkom WestLB pred obdavčitvijo v višini približno 1,1 %.

(123) V naslednji tabeli so navedena plačila s strani WestLB na deželo Severno Porenje-Vestfalija kot nadomestilo za prenesena sredstva:

(124) Tabela 4: Nadomestilo, ki ga je WestLB plačala za prenos sredstev Wfa (zneski v milijonih DEM; podatki Nemčije)

(v milijonih DEM)

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Nadomestilo (pred obdavčitvijo)	0,0	27,9	30,8	33,4	33,9	34,0	34,0	[…]	[…]	[…]	[…]
Odškodnina za zahtevke za pokojnine delavcev Wfa	33,1	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	[…]	[…]	[…]	[…]
Celotno nadomestilo, ki je bilo plačano deželi	33,1	27,9	30,8	33,4	33,9	34,0	34,0	[…]	[…]	[…]	[…]

(125) Nemčija je predstavila izvedenska mnenja zunanjega svetovalnega podjetja, ki jih je naročila WestLB, da izračuna, kolikšno bi bilo leta 1991 primerno nadomestilo za kapitalski vložek z enakim profilom tveganja kot sredstva Wfa. Ta izvedenska mnenja preverjajo profil tveganja tako v notranjem kot v zunanjem razmerju ter pogoje za plačila nadomestil. Te značilnosti primerjajo z različnimi kapitalskimi instrumenti, ki obstajajo na mednarodnih trgih kapitala in iz njih izpeljejo primerno nadomestilo. Primerjava je pojasnjena v naslednjem oddelku. Izvedenska mnenja so kot primerno nadomestilo izračunala stopnjo povračila med 0,9 in 1,4 %. Ker stroški pred obdavčitvijo za WestLB za nadomestilo 0,6 % znašajo 1,1 %, se nadomestilo šteje za primerno. Poleg tega neposrednega nadomestila, je treba upoštevati tudi sinergijske učinke prenosa sredstev.

a) PRIMERJAVA Z DRUGIMI KAPITALSKIMI INSTRUMENTI

(126) Izvedenska mnenja izhajajo iz ugotovitve, da je donos kapitalskega instrumenta odvisen od njegovega profila tveganja, čim večje je tveganje, tem večja je premija tveganja, t.j. obrestna razlika, ki jo je treba plačati nasproti varnim državnim obveznicam. Pri analizi profila tveganja kapitalskega instrumenta so tako pomembni zlasti naslednji trije dejavniki: modalitete tekočih plačil obresti, položaj vlagatelja pri tekoči zgubi in položaj vlagatelja v primeru stečaja oz. likvidacije. Izvedenska mnenja opisujejo različne značilnosti ([2]) več kapitalskih instrumentov, ki obstajajo na finančnih trgih (navadne delnice, tihe udeležbe, potrdila o udeležbi pri dobičku, trajne prednostne delnice „*perpetual preferred share*“, varne prednostne delnice „*trust preferred securities*“ in podrejena posojila) in jih primerjajo s sredstvi Wfa. Glede na izvedenska mnenja se lahko sredstva Wfa najbolje primerjajo s potrdili o udeležbi pri dobičku, trajnimi prednostnimi delnicami „*perpetual preferred shares*“ in tihimi udeležbami. ([3]) Od navedenih kapitalskih instrumentov trajne in varne prednostne delnice v Nemčiji niso priznane. Kot navajajo izvedenska mnenja so bili v Nemčiji konec leta 1991 na voljo naslednji kapitalski instrumenti s kakovostjo temeljnih lastnih virov sredstev: navadne delnice, prednostne delnice in tihe udeležbe.

(127) V izvedenskih mnenjih je poudarjeno, da bi bila sredstva Wfa v primeru stečaja WestLB upnikom na razpolago (funkcija jamstva). Istočasno lahko WestLB s posebno rezervo Wfa brez omejitev izravnava izgube (funkcija izravnane izgub „*Verlustausgleichsfunktion*“). Interni dogovori in namenska vezanost sredstev Wfa so v tej zvezi brez

([1]) Nemčija navaja, da med delničarji obstaja dogovor, ki naj bi se uporabil v primeru takšnih nadomestil, ampak WestLB k temu ni pravno zavezana.

([2]) Opisane so naslednje značilnosti: dežela izdaje in izdajatelja, razvrstitev za potrebe bančnega nadzora, tipična obdobja, obravnava v primeru stečaja ali likvidacije ali pa udeležbe pri izgubah, možnost predčasne odpovedi, možnost mirovanja obresti ali odloga obresti, možnost kumulativnega mirovanja.

([3]) V eni različici so sredstva Wfa primerjana samo s potrdili o udeležbi pri dobičku in trajnimi prednostnimi delnicami, v drugi pa z vsemi tremi instrumenti.

pomena. V notranjem razmerju pa je posebna rezerva podrejena ostalemu lastnemu kapitalu WestLB, in to naj bi bilo odločilno za odločitev vlagatelja.

(128) Kar zadeva funkcijo izravnave izgub se posebna rezerva Wfa lahko primerja s trajnimi prednostnimi delnicami („*perpetual preferred shares*“). Ker bi se posebna rezerva Wfa uporabila šele – in vzporedno s potrdili o udeležbi pri dobičku (ki so dodatna lastna sredstva) – ko bi se izčrpali ostali temeljni lastni viri sredstev WestLB, in bi se tudi potrdila o udeležbi pri dobičku uporabila delno skupaj s temi ostalimi temeljnimi lastnimi sredstvi, je manj tvegana kot potrdila o udeležbi pri dobičku. Enako velja za tihe udeležbe.

(129) Glede na funkcijo jamstva bi se posebna rezerva uporabila po ostalih temeljnih lastnih virih sredstev, vendar še pred tihimi udeležbami, potrdili o udeležbi pri dobičku in ostalimi dodatnimi lastnimi viri sredstev. Tako je ugotovljeno, da ima posebna rezerva Wfa višjo raven tveganja kot potrdila o udeležbi pri dobičku ali tihe udeležbe. Tudi glede funkcije jamstva je posebna rezerva Wfa, kar zadeva njeno tveganje, primerljiva s trajnimi prednostnimi delnicami („*perpetual preferred shares*“). Vendar pa se lahko to tveganje, zaradi izredno nizke verjetnosti stečaja WestLB, domala zanemari, ustrezne stroške tveganja pa bi vlagatelj diskontiral.

(130) Plačila obresti za sredstva Wfa so bila izvršena iz dobička, ki se lahko razdeli, in so imela prednost pred izplačilom dividend. Če dobiček ni zadosten, se nadomestilo ne plača. Ta ureditev načeloma ustreza trajnim prednostnim delnicam („*perpetual preferred shares*“). Potrdila o udeležbi pri dobičku se manj tvegana, ker se izgubljena plačila obresti odložijo in v kasnejših letih kumulativno doplačajo. Tudi pri tihih udeležbah so možna kumulativna doplačila. V primeru posebne rezerve Wfa je tveganje neplačila omejeno samo na premijo tveganja (zaradi „likvidnostnih stroškov“, glej spodaj), medtem ko pri ostalih dveh instrumentih tveganje zadeva celoten kupon (netvegani donos plus stopnja tveganja). Zato je, kar zadeva plačila obresti, tveganje posebne rezerve Wfa nekoliko nižje kot pri ostalih treh instrumentih.

(131) Izvedenska mnenja so prišla do zaključka, da bi morala biti premija tveganja za posebno rezervo Wfa pod potrdilom o udeležbi pri dobičku in tihi udeležbi kot tudi pod trajnimi prednostnimi delnicami. Za potrdila o udeležbi pri dobički se navaja „zgodovinska stopnja“ pred obdavčitvijo od 1,0 do 1,2 %, za tihe udeležbe od 1,1 do 1,5 % in za trajne prednostne delnice od 1,5 do 2,0 %. ([1]) Za posebno rezervo Wfa je za leta 1993 do 1996 izračunano nadomestilo 1,1 %. ([2]) Za leto 1992 je navedena vrednost 255 %. ([3]) Upoštevati pa je treba tudi sinergijske učinke. Izvedenska mnenja ugotavljajo, da je nadomestilo, ki ga je leta 1992 plačala WestLB, previsoko, v letih 1993 do 1996 pa primerno.

b) LIKVIDNOSTNI STROŠKI

(132) Po mnenju Nemčije pomeni denarni vložek kapitala povečanje lastnih sredstev in zagotavlja likvidnost. Likvidna sredstva se lahko vnovič investirajo in prinesejo obresti, za kar bi vlagatelj zahteval nadomestilo. Prenos Wfa je povečal lastna sredstva WestLB, a ne zagotavlja likvidnosti. Kapital Wfa je namensko vezan na pospeševanje gradnje stanovanj. Za razliko od denarnega vložka WestLB ne more na novo investirati likvidnih sredstev, temveč si mora, da bi dosegla enak rezultat, likvidnost zagotoviti na trgu kapitala. To prinaša dodatne stroške obresti. Zaradi te manjkajoče likvidnosti lahko dežela zahteva, kakor je bilo prikazano v izvedenskih mnenjih, zgolj nadomestilo v višini premije tveganja, t.j. razlika med skupnim donosom naložbe in donosom ustrezne obveznice zvezne vlade.

(133) Nadalje je navedeno, da domala vse tvegane bančne dejavnosti kreditne institucije zahtevajo likvidnost, na primer tudi posli zamenjave (swap), terminska pogodba in izvedeni finančni instrumenti. Samo jamstva in garancije ne potrebujejo likvidnosti, ampak tudi niso prikazana v bilanci stanja kreditne institucije.

(134) Obravnavani stroški refinanciranja, ki se morajo upoštevati, naj temeljijo na donosu netvegane dolgoročne nemške desetletne obveznice. Konec leta 1991 je ustrezen tekoči donos na te obveznice znašal 8,26 %. Dejanski povprečni stroški refinanciranja WestLB so novembra 1991 znašali 9,28 %.

c) KAPITALSKA OSNOVA ZA IZRAČUN NADOMESTILA

(135) Nemčija poudarja, da se mora nadomestilo, v skladu s protokolom k okvirnemu sporazumu, plačati za posebno rezervo Wfa, ki jo WestLB uporablja za kritje svojih lastnih dejavnosti, in sicer prvič za leto 1993. Dejansko pa WestLB ne plačuje nadomestila glede na uporabljen znesek, temveč na uporaben del, t.j. tisti del posebne rezerve, ki ga Wfa ne uporablja za kritje lastnih dejavnosti.

([1]) Ker trajne prednostne delnice v Nemčiji niso na razpolago, so bili uporabljeni ustrezni podatki iz ameriških in britanskih trgov.

([2]) Ta vrednost temeljni na stopnji 0,6 %, 46 % davčni stopnji za davek na dohodek do leta 1993 in potem 42 % ter solidarnostnem dodatku 3,75 % v letu 1992, 0 % v letu 1993 in potem 7,5 %.

([3]) To temelji, prvič, na dejstvu, da je BAKred posebno rezervo priznal šele 30. decembra 1992, tako da se je pri izračunu kot osnova upošteval samo delež, ki ga je WestLB dejansko rezervirala in sicer v višini 2 milijonov DEM (1 milijon EUR), in drugič, na plačilu WestLB iz leta 1992 v višini 33 milijonov DEM (17 milijonov EUR) za bodoče zahtevke za pokojnine delavcev Wfa, ki se šteje kot nadomestilo, plačano deželi s strani WestLB v tistem letu.

(136) Presežni znesek kapitala, t.j. tisti del posebne rezerve, ki se uporablja za lastne dejavnosti Wfa, ter 1,9 milijarde DEM (970 milijonov EUR), ki so v bilanci WestLB prikazani kot lastni kapital, vendar jih BAKred ni priznal kot temeljne lastne vire sredstev, za WestLB nima nobene ekonomske vrednosti, saj z njim ne more kriti nobenih dodatnih tveganih bančnih poslov. Znesek 1,9 milijarde DEM (970 milijonov EUR), ki je prikazan v bilanci, je zgolj posledica razlike, ki je nastala med ocenjevanjem. Ker se rating agencije in izkušeni vlagatelji ravnajo samo po priznanih zneskih, je 1,9 milijarde DEM (970 milijonov) za WestLB brez ekonomskega pomena. Noben zasebni vlagatelj na trgu ne more za to zahtevati nadomestila, ker ima banka vselej na voljo druge možnosti, da si na trgu zagotovi lastni kapital (npr. kot običajni denarni vložek kapitala), ki se prizna kot temeljni lastni vir sredstev.

(137) Sredstva in obveznosti Wfa se vsako leto na novo diskontirajo, da se v bilanco WestLB vknjiži njihova dejanska vrednost. Ker se odplačila in plačila obresti ponovno odobrijo kot nova dolgoročna posojila za gradnjo stanovanj z nizkimi obrestmi, je možno, da se poveča imenski znesek sredstev Wfa, medtem ko se diskontirana in tveganju prilagojena tehtana vrednost zmanjšata.

d) SINERGIJSKI UČINKI

(138) Po mnenju Nemčije je dežela od prenosa Wfa pričakovala sinergijske učinke v vrednosti več kot 30 milijonov DEM (15 milijonov EUR) letno na dolgi rok. Ti bi nastali zaradi poenostavitve postopka pospeševanja, med drugim zaradi odprave nekdanjega dvojnega dela, poenostavitve in pospešitve komunikacije in zmanjšanja potreb po usklajevanju. Wfa od prenosa dalje potrebuje manj osebja in prihrani plačila nadomestil za dela, ki jih je v preteklosti zanjo opravljal oddelek za pospeševanje gradnje stanovanj WestLB. Nemčija poudarja, da so se pričakovanja dežele dejansko uresničila, in trdi, da je bila vključitev Wfa v WestLB z ekonomskega vidika edini način za dosego teh sinergijskih učinkov. Poleg tega sodi način, kako so bile sinergije dosežene, v podjetniško svobodo dežele, ki jo zagotavlja člen 295 Pogodbe ES.

(139) Nemčija opozarja tudi na to, da je WestLB leta 1992 plačala 33 milijonov DEM (17 milijonov EUR) za obstoječe in bodoče zahtevke za pokojnine delavcev Wfa, kar je zmanjšalo bodoče izdatke Wfa. Ta plačila so bila v poslovnih knjigah WestLB v obdobju petnajstih letih amortizirana z zneskom 1,6 milijona DEM (0,8 milijona EUR) letno.

3. *DAVČNE OPROSTITVE*

(140) Oprostitev Wfa od davka od premoženja, obratovalnega davka in davka od dobička pravnih oseb je skladna z nemškim davčnopravnim sistemom. Wfa in druga javnopravna podjetja so oproščena davkov, ker niso v konkurenci s finančnimi ustanovami, ki so davčni zavezanci, ampak jih država uporablja za določene namene pospeševanja. Na podlagi zneskov, prihranjenih z davčno razbremenitvijo, mora država zagotoviti manj sredstev za pospeševanje dejavnosti Wfa. WestLB plačuje davke za svoj celoten dohodek (torej tudi za tistega, ki ga doseže z lastnim kapitalom Wfa za kritje konkurenčnih dejavnosti) in nima zaradi davčnih oprostitev Wfa nobenih finančnih ugodnosti, ker se znesek, priznan kot temeljni lastni vir sredstev, s tem ne poveča. Tudi če bi se zaradi davčnih oprostitev priznani kapital povečal, WestLB od tega ne bi imela posebnih ugodnosti, ker bi morala potem za razliko v zneskih plačati primerno nadomestilo.

(141) Kar zadeva davek od premoženja in obratovalni davek, so lahko sredstva obdavčena samo enkrat in se obdavčijo tam, kjer se sredstva neposredno uporabijo. Ker so sredstva Wfa na tej stopnji neposredne uporabe, torej pri pospeševanju gradnje stanovanj, oproščene davka, ne morejo biti obdavčene v primeru dodatne, sekundarne uporabe. To bi bilo v nasprotju z nemškim davčnopravnim sistemom. Enako bi veljalo za vključitev zasebne ustanove, ki je oproščena davkov, v zasebno banko. Ker te davčne oprostitve WestLB niso zagotovile nobene ugodnosti, ki ne bi bila primerno nadomeščena, tudi ne predstavljajo državne pomoči. Poleg tega se davek od premoženja in obratovalni davek nista spremenila vse od leta 1997 oz. 1998, ker ju je nemško zvezno ustavno sodišče („*Bundesverfassungsgericht*“) razglasilo za protiustavna.

4. *OPROSTITEV OBVEZNOSTI*

(142) Nemčija navaja, da oprostitev jamstvenih obveznosti preprečuje nenehno zmanjševanje deželnih sredstev za pospeševanje gradnje stanovanj zaradi obveznosti, ki se ustvarjajo vsako leto. Oprostitev ne zmanjšuje premoženja dežele, ker bi v primeru likvidacije Wfa prejela ustrezno velika sredstva za pospeševanje gradnje stanovanj. Ker bi obveznosti Wfa, ki so bile odpravljene, dospele samo v primeru takšne likvidacije, se z oprostitvijo jamstvenih obveznosti splošni gospodarski položaj dežele ne bi spremenil. Dejansko se je dežela zgolj odpovedala obveznosti do same sebe.

(143) Oprostitev obveznosti je BAKred upošteval pri oceni rizičnega kapitala Wfa, na podlagi katerega WestLB plačuje primerno nadomestilo. Potemtakem WestLB ni imela koristi od oprostitve jamstvenih obveznosti.

5. *PRIPOMBE NA UGOTOVITVE ZAINTERESIRANIH STRANK*

(144) Kar zadeva ugotovitve obeh bančnih združenj Nemčija trdi, da pavšalni očitki niso podkrepljeni z dejstvi ali konkretnimi pritožbami kreditnih institucij glede dejavnosti WestLB na trgih. Vprašanje jamstev *Anstaltslast* in *Gewährträgerhaftung*, ki se je pojavilo v enem od dveh mnenj, ni povezano z zadevnim primerom in se mora obravnavati posebej.

(145) Kar zadeva ugotovitve BdB pa Nemčija poudarja, da pri prenosu Wfa ni šlo za *ad hoc* rešitev, temveč je ta temeljila na dolgoročnih strateški premislekih, zlasti glede povečanja učinkovitosti Wfa. Sodna praksa Sodišča ne pozna primera, v katerem bi se naložba države v zdravo, dobičkonosno podjetje štela kot državna pomoč. Primer, ki ga omenja BdB, zadeva podjetja, ki so poslovala z izgubo. Ker pa je WestLB vse od svoje ustanovitve ustvarjala dobiček, se v tem primeru načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu ne uporablja. To potrjuje tudi sodna praksa Sodišča, ki ne pozna uporabe tega načela v primerih zdravih in donosnih podjetjih. Prav tako zasebni vlagatelj ne bi izhajal samo iz pričakovanega donosa, ampak bi upošteval druge strateške premisleke. V primeru pomoči za reševanje in podpore za prestrukturiranje je treba upoštevati drugačne premisleke kot pri povečanju kapitala dobičkonosnega podjetja. Naložb države ni mogoče presojati enostavno glede na to, ali je bila dosežena povprečna donosnost zadevne panoge. Sicer bi vsaka naložba države v banko, ki dosega podpovprečne donose, predstavljala državno pomoč, medtem ko zasebni vlagatelji dejansko istočasno investirajo v isto podjetje. Vlagatelj se ravna po pričakovanih donosih in ne po panožnih povprečjih.

(146) Pravila o državni pomoči dovoljujejo zgolj preverjanje pogojev prenosa sredstev Wfa, ne pa posebnosti teh sredstev, ki jih varuje člen 295 Pogodbe ES. Ker je posebni značaj sredstev Wfa varovan s tem členom, prenesenega kapitala Wfa ne gre primerjati z običajnimi vložki likvidnega lastnega kapitala. Tako bi lahko na enak način kot Wfa uporabili ustanovo zasebnega prava, ne da bi to vplivalo na namensko vezano uporabo donosov.

(147) Kar zadeva profil tveganja kapitala Wfa, je treba razlikovati med vlogo dežele Severno Porenje-Vestfalija kot lastnikom WestLB in vlagateljem v posebno rezervo Wfa. Kot vlagatelj v Wfa ima dežela nižje tveganje, ker je bilo med delničarji WestLB dogovorjeno, da bo posebna rezerva v notranjem razmerju v podrejenem položaju. Tveganje dežele kot vlagatelja v Wfa je omejeno na prenesena sredstva in ni večje, kakor trdi BdB.

(148) Nemčija trdi, da so izračuni donosa, ki jih je predložil BdB (in vzeti iz izvedenskega mnenja neodvisnega strokovnjaka), napačni in se pri tem sklicuje na nasprotno izvedensko mnenje, ki je bilo opravljeno za WestLB. Na podlagi tega izvedenskega mnenja sta glavni napaki napačna metoda izračunavanja (aritmetično povprečje namesto geometrijskega povprečja metode „*compound annual growth rate*“) in sklicevanje na nepomembna investicijska obdobja. Po odpravi teh napak se donosnost zasebnih nemških velikih bank zmanjša iz 16,86 % pred obdavčitvijo na 7,0 %. Poleg tega pa pet nemških zasebnih bank, ki so bile uporabljene pri izračunu primerljive vrednosti, zaradi njihove drugačne poslovne usmerjenosti, ni mogoče primerjati z WestLB. Pri izračunu, ki je izveden na podlagi upoštevanja dveh primerljivih bank, donos na lastni kapital pade na 5,8 %. Poleg tega izvedensko mnenje BdB uporablja obdobje opazovanja med leti 1982 in 1992, ki ni reprezentativno in zajema dve trajajoči dviganji tečajev na borzi. Pri krajšem obdobju opazovanja bi se številke donosov še znižale.

(149) Nemčija zavrača argumentiranje BdB, da zaradi manjkajoče likvidnosti niso nastali nobeni stroški refinanciranja, ker je bil pri diskontiranju te nominalne vrednosti sredstev Wfa ta likvidnostni strošek že upoštevan. Po mnenju Nemčije pa ta diskont na noben način ni povezan z vidikom likvidnosti, temveč samo z okoliščinami, da so sredstva Wfa sestavljena iz neobrestovanih in nizko obrestovanih dolgoročnih sredstev in obveznosti. Nemčija zavrača argument, da bi tudi v primeru stroškov refinanciranja, bil upravičen le manjši odbitek donosa 2,7 % pred obdavčitvijo. Izvedensko mnenje, ki ga je predložil BdB, v tej zvezi je napačno, ker na nedopusten način meša donose bank iz bančnih dejavnosti z donosi zunanjega vlagatelja. Poleg tega izvedensko mnenje BdB izhaja iz bruto donosov, medtem ko je za primerjavo pravilna uporaba neto donosov. V ta namen je nemška vlada predložila svoje izvedensko mnenje, ki ga je izdelalo zunanje svetovalno podjetje.

(150) Do sinergij je prišlo samo pri Wfa in ne znotraj WestLB, ker je bila odpravljena podvojitev dela in vzporednih upravnih enot (prenos nekdanjega oddelka za pospeševanje gradnje stanovanj WestLB). Do sinergijskih učinkov je tako prišlo popolnoma neodvisno od ekonomske, organizacijske in kadrovske ločitve med Wfa in WestLB. Privedli so do zmanjšanja potrebne kapitalske podpore s strani dežele za Wfa in so neposredna posledica prenosa Wfa na WestLB.

(151) Razlika med posebno rezervo Wfa, ki je prikazana v bilanci, in zneskom, ki ga je BAKred priznal za potrebe nadzora, je bila jasno sporočena tretjim. Iz vidika upnika kapital, ki ni bil priznan za potrebe nadzora, nima odgovornosti. Ker ima banka ekonomsko korist samo od tistega dela, ki ga WestLB lahko uporabi za kritje svoje bančne dejavnosti, dežela ne more zahtevati nadomestila za presežen znesek.

(152) Oprostitev obveznosti Wfa je BAKred upošteval pri oceni sredstev Wfa, na podlagi katerih WestLB plačuje nadomestilo. Z oprostitvijo jamstvenih obveznosti se splošni gospodarski položaj dežele ni spremenil. Tudi davčne oprostitve WestLB niso zagotovile nobene ugodnosti.

V. DOGOVOR MED BDB, DEŽELO SEVERNO PORENJE-VESTFALIJA IN WESTLB

(153) 13. oktobra 2004 so pritožnik BdB, dežela Severno Porenje-Vestfalija in WestLB Komisiji predložili dogovor o postopku glede pomoči v primeru WestLB. Ne glede na še naprej obstoječe razlike v temeljnem pojmovanju prava med strankami dogovora, so se stranke dogovorile o tem, kar one razumejo kot ustrezne parametre za določitev primernega nadomestila. Stranke prosijo Komisijo, da pri svoji odločitvi upošteva rezultate dogovora.

(154) Stranke so sprva na osnovi metode *Capital Asset Pricing Model* (CAPM) določile pričakovana najmanjše nadomestilo za domnevno naložbo v osnovni kapital WestLB v zadevnem času prenosa. V skladu s tem naj bi primerno najmanjše nadomestilo za del kapitala Wfa, ki ga je BAKred priznal kot temeljni kapital in ga Wfa ne uporablja za kritje svojih lastnih dejavnosti pospeševanja gradnje stanovanj, znašalo 10,19 % letno.

(155) Stranke so za izračun tega najmanjšega nadomestila uporabile dolgoročne netvegane obrestne mere, ki so jih deželne banke določile z uporabo t.i. indeksa *REX10 Performance Index* nemške borze (*Deutsche Börse AG*), in predvidene beta faktorje iz izvedenskega mnenja KPMG z dne 26. maja 2004, ki je bilo izdelano na pobudo deželnih bank. Za WestLB je to konkretno v zadevnem času prenosa pomenilo netvegano temeljno obrestno mero 7,15 %. Kot beta faktor je bila na podlagi mnenja KPMG v zadevnem času prenosa določena vrednost 0,76. Premija tržnega tveganja je bila enotno določena na 4 %.

(156) Izhodiščna obrestna mera 10,16 % (01.01.91) se je izračunala takole: netvegana obrestna mera 7,15 % + (splošna premija tržnega tveganja 4,0 % x beta faktor 0,76)

(157) Potem se je zaradi manjkajoče likvidnosti posebnih namenskih sredstev določil še odbitek. Tako so bruto stroški refinanciranja pavšalno temeljili na navedeni netvegani obrestni meri 7,15 %. Za določitev ustreznih neto stroškov refinanciranja je pavšal davčne obremenitve WestLB v času obeh prenosov znašal 50 %, kar je privedlo do odbitka v višini 3,75 %.

(158) Na koncu se je zaradi pomanjkljive izdaje glasovalnih pravic prištel pribitek v višini 0,3 %.

(159) Skupno iz tega izhaja primerno nadomestilo za posebna namenska sredstva v višini 6,92 % (po obdavčitvi) za del kapitala Wfa, ki ga je BAKred priznal kot temeljni kapital in ga Wfa ni uporabila za kritje svojih lastnih dejavnosti pospeševanja gradnje stanovanj.

(160) Med strankami obstaja dogovor, da je bila z uvedbo strukture matičnega in hčerinskega podjetja, ki je začela veljati s 1. januarjem 2002, pomoč, ki je nastala s prenosom kapitala Wfa, odpravljena.

VI. PRESOJA UKREPA

(161) Prvi korak za presojo ukrepa v skladu z določbami Pogodbe ES o državni pomoči je preveriti, ali ukrep predstavlja državno pomoč v smislu člena 87(1) Pogodbe ES.

1. *DRŽAVNA SREDSTVA IN POMOČ DOLOČENEMU PODJETJU*

(162) Wfa je bila institucija javnega prava, v celoti v lasti dežele Severno Porenje-Vestfalija in namenjena pospeševanju gradnje stanovanj z dodeljevanjem nizko obrestovanih in neobrestovanih posojil. Dežela je jamčila za vse njene obveznosti v okviru državnih jamstev „*Anstaltslast*“ in „*Gewährträgerhaftung*“. Glavni vir financiranja Wfa so deželna sredstva za pospeševanje gradnje stanovanj („*Landeswohnungsbau-vermögen*“), ki so bila ustvarjena iz letnih prenosov sredstev iz deželnega proračuna in dohodkov od obresti za posojila za gradnjo stanovanj.

(163) Če pride do prenosa takšnih državnih sredstev s komercialno vrednostjo na podjetje brez zadostnega nadomestila, je jasno, da gre za državna sredstva v smislu člena 87(1) Pogodbe ES.

(164) Komisija pri preverjanju, ali prenos državnih sredstev na podjetje v javni lasti temu podjetju koristi in s tem lahko predstavlja državno pomoč v smislu člena 87(1) Pogodbe ES, uporablja „načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu“. To načelo je Sodišče sprejelo (in razvilo naprej) v številnih odločbah. Presoja v skladu s tem načelom je opravljena v nadaljevanju v številki tri. V kolikor gre za državno pomoč to jasno koristi WestLB, t.j. neko podjetje v smislu člena 87(1) Pogodbe ES.

2. *IZKRIVLJANJE KONKURENCE IN OVIRANJE TRGOVINE MED DRŽAVAMI ČLANICAMI*

(165) Z liberalizacijo finančnih storitev in združevanjem finančnih trgov je bančništvo v Skupnosti vse bolj občutljivo na izkrivljanje konkurenčnosti. Ta razvoj se trenutno še stopnjuje zaradi ekonomske in monetarne unije, ki odpravlja preostale ovire za konkurenčnost na trgu finančnih storitev.

(166) Iz njenega poslovnega poročila iz leta 1997 je razvidno, da velja WestLB za univerzalno in mednarodno dejavno

splošno poslovno banko, centralno banko za hranilnice in banka za deželo in njene občine. Sama se označuje kot evropska bančna skupina s poudarkom na bančnih poslih za podjetja z dejavnostmi na najpomembnejših finančnih in gospodarskih mestih sveta. Središče njene prisotnosti v tujini je Evropa, kjer ima hčerinska podjetja, lastne podružnice in predstavništva v vseh pomembnejših državah. Skupina WestLB je z lastnimi poslovalnicami zastopana v več kot 35 državah sveta.

(167) Kljub svojemu imenu, tradiciji in zakonsko urejenim nalogam WestLB nikakor ni lokalna ali regionalna banka. Njena prisotnost v Evropi in na mednarodnih trgih je bila opisana že v oddelku II, številka 1. Skupina WestLB je iz poslovanja v tujini leta 1997 zabeležila 48 % nekonsolidiranih donosov. Kot je navedeno v poslovnem poročilu za leto 1997, gre rast banke v tem letu pripisati predvsem razširitvi njenega poslovanja v tujini.

(168) Na podlagi tega je jasno, da WestLB nudi bančne storitve v konkurenci z drugimi evropskimi bankami izven Nemčije in, ker so banke iz drugih evropskih držav dejavne v Nemčiji, v Nemčiji. To je bilo podkrepljeno s pripombami bančnih združenj dveh držav članic. Torej drži, da pomoči za WestLB izkrivljajo konkurenco in ovirajo trgovino med državami članicami.

(169) Prav tako je treba opomniti, da obstaja zelo tesna povezava med lastnim kapitalom kreditne institucije in njenimi bančnimi dejavnostmi. Banka lahko posluje in širi svoje komercialne dejavnosti samo na osnovi zadostnega priznanega lastnega kapitala. Ker so državni ukrepi WestLB zagotovili takšen lastni kapital za namene solventnosti, je to neposredno vplivalo na možnosti poslovanja banke.

3. *NAČELO VLAGATELJA V TRŽNEM GOSPODARSTVU*

(170) Da bi preverila, ali sprejeti kapitalski ukrep s strani javnega delničarja nekega podjetja zajema elemente državne pomoči, Komisija uporablja „načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu“. To načelo je Komisija uporabila v številnih primerih, Sodišče pa ga je sprejelo in razvijalo naprej v več odločbah ([1]). Komisiji omogoča, da upošteva posebne okoliščine posameznega primera, na primer določene strategije holdinga ali skupine podjetij, ali da razlikuje med kratkoročnimi in dolgoročnimi interesi vlagatelja. To načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu se uporabi tudi v pričujočem primeru.

([1]) Glej na primer sodbe v zadevah C-303/88, Italija/Komisija, Recueil. 1991, I-1433 in C-305/89, Italija/Komisija, Recueil. 1991, I-1603.

(171) Po tem načelu ne gre za državno pomoč, kadar so sredstva na razpolago pod „pogoji, pod katerimi bi bil zasebni vlagatelj, ki deluje v običajnih pogojih v tržnem gospodarstvu, pripravljen zagotoviti sredstva zasebnemu podjetju“ ([2]). Zlasti pa finančni ukrep za vlagatelja v tržnem gospodarstvu velja za nesprejemljivega, ko je finančno stanje podjetja tako, da običajnega donosa (v obliki dividend ali povečanja vrednosti) ne gre pričakovati v razumnem roku ([3]).

(172) Seveda mora Komisija svojo presojo primera podpreti s podatki, ki so bili na razpolago vlagatelju v času njegove odločitve o vprašljivem finančnem ukrepu. Prenos Wfa so leta 1991 sklenili pristojni javni organi. Tako mora Komisija prenos oceniti na podlagi podatkov, ki so bili takrat na razpolago, in takratnih gospodarskih in tržnih razmer. Podatki navedeni v tej odločbi, ki se nanašajo na kasnejša leta, se uporabljajo samo za prikaz posledic prenosa na položaj WestLB in prenosa ne upravičujejo naknadno ali postavljajo pod vprašaj.

(173) Nemčija je Komisijo spomnila, naj primer preverja samo glede na razmere v trenutku odločitve o prenosu, t.j. konec leta 1991, in da naj ne upošteva kasnejšega razvoja dogodkov. To bi pomenilo, da Komisija ne bi smela upoštevati niti dejstva, da je BAKred kot temeljni lastni vir sredstev priznal samo 4 milijarde DEM (2,05 milijarde EUR) namesto zahtevanih 5,9 milijard DEM (3,02 milijarde EUR), niti dejstva, da je bilo leta 1993 dogovorjeno nadomestilo 0,6 %. Vendar pa v času prenosa ni bila določena višina nadomestila, čeprav sta se dežela in WestLB dogovorili o vrednosti Wfa v višini 5,9 milijard DEM (3,02 milijarde EUR). Komisiji se zato zdi primerno, da pri presoji transakcije upošteva tudi razmere v času, v katerem je bilo končno določeno nadomestilo.

(174) Komisija se ne strinja z Nemčijo in WestLB, da se načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu ne uporablja za zdrava in dobičkonosna podjetja in da to ni razvidno iz sodne prakse Sodišča. Dejstvo, da je bilo načelo doslej uporabljeno predvsem za podjetja v težavah, ne omejuje njegove uporabe na to kategorijo podjetij.

(175) Podpore za prestrukturiranje podjetij se lahko odobrijo samo v primerih, ko načrt prestrukturiranja ponovno vzpostavi sposobnost preživetja podjetja, t.j. vodi do „običajnega“ donosa, s katerim si lahko subvencionirano

([2]) Sporočilo Komisije državam članicam o uporabi členov 92 in 93 Pogodbe ES in člena 5 Direktive Komisije 80/723/EGS o javnih podjetjih v predelovalni industriji (UL C 307, 13.11.1993, str. 3, glej točko 11). V tem sporočilu gre sicer izključno za predelovalno industrijo, vendar se lahko načelo nedvomno na enak način uporablja v drugih gospodarskih panogah. Kar zadeva finančne storitve, je bilo to potrjeno s številnimi odločbami Komisije, na primer v primerih Crédit Lyonnais (UL L 221, 8.8.1998, str. 28) in GAN (UL L 78, 16.3.1998, str. 1).

([3]) Deleži javnega sektorja v kapitalu podjetij – mnenje Komisije, Bilten ES 9-1984, str. 93f.

podjetje zagotovi obstoj z lastnimi močmi, ker je ta „običajen“ donos sprejemljiv za vlagatelja v tržnem gospodarstvu. V primerih, v katerih so bile takšne odločitve predložene Sodišče, slednje ni nikoli postavljalo pod vprašaj dejstva, da Komisija ne zahteva zgolj kritja stroškov ali simboličnega donosa, temveč popoln „običajen“ donos.

(176) Ni nobenega pravila, po katerem okoliščina, da podjetje ustvarja dobiček, vnaprej izključuje možnost, da kapitalski vložek vsebuje elemente državne pomoči. Tudi če podjetje posluje z dobičkom, bi se vlagatelj v tržnem gospodarstvu lahko vzdržal (nadaljnjega) kapitalskega vložka, če ne more pričakovati primernega donosa (v obliki dividend ali povečanju vrednosti) na vložen kapital. V kolikor podjetje v času naložbe ne prinaša pričakovanega donosa, bi vlagatelj v tržnem gospodarstvu zahteval uvedbo ukrepov za povečanje donosa. Zato se načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu na enak način uporablja za vsa javna podjetja in sicer ne glede na to, ali so dobičkonosna ali pa poslujejo z izgubo.

(177) Primernost verjetnega donosa vloženega kapitala pa je spet odvisna od tega, kaj lahko vlagatelj v tržnem gospodarstvu pričakuje od primerljivih naložb s primerljivim tveganjem. Tako je očitno, da podjetje z neprestano slabimi rezultati in brez znakov izboljšanja, na dolgi rok ni sposobno preživeti. Novi vlagatelji bi zavrnili zahtevo podjetja po nadaljnjem kapitalu, obstoječi vlagatelji pa bi se konec koncev umaknili – po potrebi utrpeli celo izgubo – da bi lahko preusmerili svoj kapital v bolj donosne naložbe. Zato je Komisija v sporočilu državam članicam o uporabi pravil glede državnih pomoči za javna podjetja napovedala, da bo preverjala finančno stanje podjetja v času, ko je predviden prenos dodatnega kapitala, če primerja ravnanje države z ravnanjem vlagatelja v tržnem gospodarstvu, „zlasti v primerih, ko podjetje ne ustvarja izgub“ ([1]).

(178) Sicer pa je treba tudi pripomniti, da izraza „zdrava in dobičkonosna podjetja“ ne gre enačiti s podjetji, ki ne ustvarjajo izgub. Podjetje, ki izkazuje majhne dobičke ali pa niti dobičke niti izgube, se dejansko ne more šteti za zdravo in dobičkonosno podjetje. Gotovo je težko določiti „povprečno donosnost“, ker je to odvisno od vrste dejavnikov, npr. od tveganja v gospodarski panogi, v kateri je podjetje dejavno. Vendar bi bila podjetja, ki v določenem časovnem obdobju ustvarjajo dobiček, a je ta pod ravnijo podjetij s primerljivo strukturo tveganja, kot že rečeno, na dolgi rok izrinjena s trga. Stališče, ki ga zastopata Nemčija in WestLB, bi privedlo do situacije, v kateri bi država lahko brez upoštevanja pravil glede državnih pomoči, ki so predvidene v Pogodbi ES, investirala v podjetja, ki ustvarjajo letni dobiček 1 EUR.

(179) Zagotovo ni naloga Komisije, da sistematično začne s postopkom takoj, ko neko javno podjetje izkaže podpovprečno donosnost. Tudi zasebna podjetja občasno izkazujejo podpovprečno donosnost (logično je, da od sredinske vrednosti obstajajo odkloni v obe smeri). Vendar pa bi običajno podjetje na trgu v takšnem primeru skušalo povečati svojo donosnost in pričelo s prestrukturiranjem ali uvedlo druge ukrepe, da bi preprečilo trajanje takšne situacije. In vlagatelji na trgu pričakujejo, da se v zvezi s tem sprejmejo ustrezni ukrepi.

(180) Prav tako je treba, kot je že bilo omenjeno, razlikovati med obstoječimi in novimi vlagatelji, ker so njihova izhodišča – ne pa osnovna načela – za odločitev o naložbi različna. Pri obstoječi naložbi bi lahko bil vlagatelj prej pripravljen kratkoročno sprejeti nižji (ali celo negativen) donos, če računa z izboljšanjem stanja. Vsekakor bi lahko vlagatelj svojo naložbo v podjetju z manjšo donosnostjo povečal, vendar pa tega ne bi storil, če dolgoročno ne bi pričakoval izboljšanja stanja in primernega donosa. V kolikor pa po drugi strani pričakuje, da se bo kombinacija tveganja in donosa izšla slabše kot v primerljivem podjetju, bo razmislil o dezinvesticiji. V primeru nove naložbe bo vlagatelj morda od vsega začetka pripravljen sprejeti nižjo donosnost ([2]). Vendar pa so, kot je že bilo rečeno, načela pri vseh odločitvah enaka: Dolgoročni pričakovani donos iz naložbe (ob upoštevanju tveganja in drugih dejavnikov) mora biti vsaj tako visok kot donos primerljivih naložb. Če temu ni tako, podjetje ne bo moglo priskrbeti potrebnih sredstev in na dolgi rok ne bo sposobno preživeti.

(181) Po mnenju WestLB lahko vprašanje, ali je banka v letih pred prenosom ustvarjala povprečne donose, načeloma ostane neodgovorjeno, če je bilo dogovorjeno primerno fiksno nadomestilo in če se zdi donosnost zadostna za vzdrževanje tega nadomestila na dolgi rok. S tem stališčem se Komisija načelno strinja. Vendar je treba misliti tudi na to, da je sposobnost preživetja na dolgi rok odvisna od tega, ali lahko podjetje iz lastnega kapitala doseže povprečni donos.

(182) Kar zadeva verjetno ravnanje vlagatelja v tržnem gospodarstvu je nepomembno, da so morale zaradi strožjih predpisov iz Direktive o solventnosti, tudi druge banke najeti dodaten kapital. Direktiva od bank ne zahteva sprejema dodatnega kapitala. Določa le minimalno raven kapitala za tveganju prilagojeno tehtano aktivo, torej postavlja pravno domnevo o tem, kaj je potrebno za

([1]) UL C 307, 13.11.1993, str. 3, glej odstavek 37.

([2]) Ne moremo reči, da na trgu prihaja samo do naložb v dobičkonosna podjetja. Naložbe z visoko stopnjo tveganja, npr. v inovativne podjetja ali podjetja, ki uporabljajo nove tehnologije, so precej pogosta. Vendar pa tudi v teh primerih vlagatelj svoj kapital investira glede na svoja pričakovanja, to pomeni, ali bo začetne izgube in obstoječe tveganje lahko kompenziral z visokimi dobički. Tudi pri tovrstnih naložbah je referenca pričakovan dolgoročni donos.

sposobnost preživetja banke. To pomeni, da bi vlagatelj v tržnem gospodarstvu morebiti pooblastil svojo banko, naj prestrukturira svoja tveganja in tako upošteva nove predpise o solventnosti, namesto povečanja kapitala banke. S tem bi se obseg dejavnosti banke neposredno zmanjšal, njena prisotnost na trgih pa upadla.

(183) Če javni delničar sklene, da je kapitalski vložek primeren način, da banka zadosti zahtevam lastnega kapitala, se postavlja vprašanje, ali bi bile te posebne okoliščine, v katerih se je zagotovil kapital, sprejemljive za vlagatelja v tržnem gospodarstvu. Če je za izpolnitev zahtev po solventnosti potreben finančni ukrep, bi lahko vlagatelj v tržnem gospodarstvu bil pripravljen izvesti ta ukrep, da bi ohranil vrednost že opravljene naložbe. Ampak bi vztrajal na primernem donosu iz novega kapitalskega vložka. Verjetno bi vlagatelj v tržnem gospodarstvu pričakoval višji donos iz kapitalske naložbe v banko, katere kapitalske rezerve so izčrpane in ki nujno potrebuje novi kapital, ker ga te okoliščine izpostavljajo večjemu tveganju.

(184) Ob upoštevanju „načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu“ se torej temeljno vprašanje glasi, ali bi takšen vlagatelj kapital, ki ima enake značilnosti kot sredstva Wfa, dal WestLB na razpolago pod enakimi pogoji, zlasti glede na predviden donos na naložbo. To vprašanje bo obravnavano v nadaljevanju.

a) ČLEN 295 POGODBE ES

(185) Nemčija trdi, da dežela Severno Porenje-Vestfalija ni bila dolžna izvesti privatizacije WestLB za povečanje njenega obsega lastnega kapitala, da lahko dežela načeloma prenese Wfa na WestLB za doseganje sinergijskih učinkov in da dežela po zakonodaji Skupnosti ni dolžna razmisliti o prenosu Wfa na zasebno kreditno institucijo. S tem stališčem se Komisija lahko strinja. Nemčija nadalje navaja, da javna namenskost Wfa predstavlja nalogo splošnega ekonomskega interesa in da Wfa torej na podlagi člena 295 ni podvržena nadzoru Komisije.

(186) Dokler javne ustanove opravljajo izključno naloge javnega značaja in ne konkurirajo komercialnim podjetjem, se pravila o konkurenci za njih ne uporabljajo. Položaj se spremeni, kadar pride do vplivanja na konkurenco. Člen 86 (2) Pogodbe ES služi za obravnavo situacij, v katerih so morda odstopanja od pravil o konkurenci potrebna, da bi se s tem zagotovile storitve splošnega ekonomskega interesa. Člen 86(2) Pogodbe ES se obravnava v oddelku V, številka 6. Po drugi strani člen 295 Pogodbe ES ščiti ureditev lastninskopravnih razmerij v posameznih državah članicah, kar pa ne upravičuje nobene kršitve pravil o konkurenci iz Pogodbe.

(187) Nemčija in WestLB trdita, da zaradi namenske vezanosti sredstev Wfa, ki je predvidena v zakonu o pospeševanju gradnje stanovanj, da prenesena sredstva ne bi mogla biti uporabljena na kakršen koli drug dobičkonosen način kot s prenosom na podobno javnopravno ustanovo. Zato je prenos predstavljal poslovno najbolj smiselno uporabo teh sredstev. Tako bi bilo vsako povračilo za prenos, t.j. vsak dodaten donos iz kapitala Wfa, zadostno za utemeljitev prenosa ob upoštevanju „načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu“. Te argumentacije ni mogoče uporabiti. Morda je res tako, da je bil prenos Wfa na WestLB in posledična možnost banke, da del kapitala Wfa uporabi za namene solventnosti, gospodarsko najbolj smiselna uporaba. Državam članicam je prepuščeno, da uporabljajo javna sredstva za javne, suverene namene in v zvezi s tem zahtevajo manjše dobičke ali pa ne. Komisija ne postavlja pod vprašaj pravice držav članic, da ustanovijo posebne sklade za izpolnjevanje nalog, ki v splošnem ekonomskem interesu. Vendar pa je treba, takoj ko gre za uporabo javnih sredstev ali drugih aktiv za komercialne in tržno usmerjene dejavnosti, uporabiti običajna pravila tržnega gospodarstva. To pomeni, da mora država, takoj ko se odloči javna sredstva uporabiti (tudi) v gospodarske namene, za to zahtevati povračilo, ki ustreza običajnemu tržnemu nadomestilu.

b) POSEBNOST UKREPA

(188) Dežela se je z izvedbo opisanega prenosa kot odgovoru na potrebe po dodatnih temeljnih lastnih virih sredstev WestLB odločila za način dokapitalizacije, ki ima zelo specifične lastnosti. Osnovna zamisel je bila združitev občekoristne kreditne institucije, ki opravlja posebno nalogo (Wfa), z običajno poslovno banko, ki posluje v splošnih pogojih konkurence, da bi (iz vidika predpisov o solventnosti) presežen kapital znotraj občekoristne institucije lahko uporabil za namene institucije, ki deluje v pogojih konkurence. Istočasno ostanejo prenesena sredstva namenjena njihovemu prvotnemu namenu. Zato je bila izbrana rešitev „ustanova znotraj ustanove“, pri čemer sredstva Wfa tvorijo neodvisen in „zaprt“ krog, v katerem se presežki, ki jih Wfa ustvari, prištejejo le njej in ostanejo samo njeni.

(189) Komisija ne pozna nobenega precedenčnega primera za povečanje kapitala na način takšne „nepopolne združitve“, v kolikor bi to lahko bilo pomembno z vidika državne pomoči. Vendar pa je Komisija mnenja, da je treba, če se država članica, tako kot v obravnavanem primeru, odloči za tovrstno izvedbo temeljito preveriti, kakšen je finančni in ekonomski učinek tega dejanja na tisti del institucije, ki deluje v pogojih konkurence. Samo tako se lahko prepreči uporaba netransparentnih izvedbenih ukrepov, s katerimi se skušajo zaobiti pravila o državnih pomočeh iz Pogodbe ES. Treba je presoditi, v kolikšni meri izvedena vključitev kljub ustanovitvi „zaprtih krogov“ predstavlja gospodarske ugodnosti za del podjetja, ki deluje v pogojih konkurence.

(190) Na tej točki je treba pripomniti, da je zaradi kompleksnosti primera in pomanjkanja direktno primerljivih transakcij na svobodnem trgu, presoja zelo zahtevna. Zato je Komisija porabila veliko časa za zbiranje informacij in analizo

primera. Poleg tega je pri zunanjem strokovnjaku naročila izdelavo izvedenskega mnenja o transakciji in nadomestilu, ki se lahko šteje kot običajno tržno nadomestilo. Samo na podlagi vseh razpoložljivih informacij in po skrbnem preverjanju je Komisija na koncu oblikovala svoje sklepe in sprejela pričujočo odločbo.

c) NESPREMENJENA LASTNIŠKA STRUKTURA

(191) Če vlagatelj v tržnem gospodarstvu banki zagotovi lasten kapital, zahteva primerno udeležbo pri dobičku banke. En način za zagotovitev takšne udeležb je ustrezna sprememba lastniške strukture. To mu omogoča dostop do primernih dividend banke in udeležbo pri morebitnem odprtem ali kritem povečanju vrednosti kot rezultat večjih možnosti donosa. En način za zagotovitev primernega donosa iz zagotovljenega kapitala bi torej bil, ustrezno povečanje udeležbe dežele v WestLB, v kolikor splošna donosnost banke ustreza običajnemu donosu, ki ga vlagatelj v tržnem gospodarstvu pričakuje za svojo naložbo. S tem bi se izognili razpravi o vprašanju, ali je nadomestilo 0,6 % primerno, vendar se dežela ni odločila za takšno postopanje.

(192) Po mnenju Nemčije prerazdelitev deležev WestLB ob upoštevanju posebnega značaja transakcije ni možna, predvsem zaradi pristopa zaprtega kroga in (samo interno veljavne) posebne pravice dežele do neto sredstev Wfa v primeru likvidacije WestLB, ki je bila dogovorjena med delničarji WestLB.

(193) V tem primeru pa bi dežela morala v skladu z načelom vlagatelja v tržnem gospodarstvu za prenos kapitala zahtevati primerno nadomestilo v drugačni obliki. V kolikor pa se dežela odpove običajnemu tržnemu nadomestilu, se ne ravna kot vlagatelj v tržnem gospodarstvu in tako WestLB odobri ugodnost, ki predstavlja državno pomoč.

d) KAPITALSKA OSNOVA ZA IZRAČUN NADOMESTILA

(194) Po mnenju Nemčije in WestLB ima samo tisti del priznanih temeljnih lastnih virov sredstev, ki ga WestLB lahko uporabi za kritje svojih komercialnih dejavnosti, za banko ekonomsko vrednost, zato lahko dežela zahteva nadomestilo samo za ta del. BdB trdi, da celoten znesek 5,9 milijarde DEM (3,02 milijarde EUR) tvegan in zato je treba za ta znesek plačati nadomestilo. Višina tega nadomestila mora biti različna za priznana temeljna lastna sredstva v višini 4 milijard DEM (2,05 milijarde EUR) in preostali znesek 1,9 milijarde DEM (970 milijonov EUR).

(195) Svetovalci Komisije so se pri svoji oceni opirali na domnevo, da je bila vrednost Wfa v času prenosa sredstev z dežele na WestLB določena v višini 5,9 milijarde DEM (3,02 milijarde EUR) in da bi vlagatelj v tržnem gospodarstvu zato načeloma zahteval nadomestilo za to vrednost, neodvisno od kasnejših dogodkov, na primer priznanja kapitala (ali samo dela tega) kot temeljnih lastnih virov sredstev s strani BAKred. Odločilnega pomena za določitev nadomestila za kapitalsko naložbo so samo okoliščine v času odločitve o naložbi in nobeni kasnejši dogodki. Vendar pa se svetovalci Komisije strinjajo, da bi se transakcije odvijala drugače, če bi se izvedla pod običajnimi tržnimi pogoji.

(196) Po mnenju Komisije bi lahko zaporedje korakov prenosa dejansko kazalo na enako nadomestilo za celoten kapital, ki je prikazan v bilanci stanja WestLB. Prenos je bil najprej sklenjen in izveden, potem je bil BAKred zaprošen, da prizna posebno rezervo Wfa kot temeljni lastni vir sredstev, nadomestilo pa je bilo določeno šele skoraj dve leti po odločitvi o prenosu. Pod običajnim tržnimi pogoji ne bi nobena banka sprejela, da vnese Wfa s 5,9 milijarde DEM (3,02 milijarde EUR) v svoje poslovne knjige in na ta znesek plačala enotno nadomestilo, ne da bi najprej preverila ali bo nadzorni organ vnos priznal kot temeljni lastni vir sredstev. Kakor je poudaril tudi zunanji strokovnjak Komisije, razumen vlagatelj v tržnem gospodarstvu nikakor ne bi ravnal na ta način, t.j. privolil v znatni kapitalski vložek, ne da bi se pred tem dogovoril o primernem mehanizmu za določitev nadomestila. Po mnenju Komisije pa se zaporedje dogodkov lahko pojasni s posebnimi okoliščinami tega primera. Dežela je imela dolgoročne finančne odnose z banko in bila njen glavni lastnik. Obstajalo je le malo število (samo javnih) delničarjev, kar v praksi pomeni, da je potreba po transparentnosti in odprtosti manjša v primerjavi s podjetji z večjim številom („zunanjih“) delničarjev ali z borzno kotacijo. Zaradi teh posebnih okoliščin je bilo možno skleniti prenos sredstev in določiti dokončno nadomestilo šele, ko je bila uveljavljena dejanska uporabnost kapitala Wfa za konkurenčne bančne dejavnosti.

(197) Za določitev primernega nadomestila je treba razlikovati med deli posebne rezerve Wfa glede na njihovo uporabnost za WestLB. 5,9 milijarde DEM (3,02 milijarde EUR) je bilo vknjiženih kot lastni kapital v bilanco stanja WestLB. 4 milijarde DEM (2,05 milijarde EUR) pa je BAKred priznal kot temeljni lastni vir sredstev. Samo 2,5 milijarde DEM (1,28 milijarde EUR) teh sredstev WestLB dovoljujejo, da razširi svoje dejavnosti, in morajo biti primarna osnova nadomestila za deželo. Preostanek priznanih temeljnih lastnih sredstev v višini 1,5 milijarde DEM (770 milijonov EUR) se prikaže v bilanci stanja, vendar se uporabi za kritje dejavnosti pospeševanja gradnje stanovanj Wfa. Znesek 1,9 milijarde DEM (970 milijarde EUR) se sicer pojavi v bilanci, vendar ni priznan kot lastna sredstva za potrebe solventnosti. Tako znaša znesek, ki je prikazan v bilanci stanja WestLB, a se ne more uporabiti za razširitev konkurenčnih dejavnosti WestLB, 3,4 milijarde DEM (1,74 milijarde EUR).

(198) Kapital pa ni pomemben zgolj zaradi bančnega nadzorstva. Obseg lastnega kapitala, vknjiženega v bilanci stanja, bančnim posojilodajalcem potrjuje tudi trdnost banke kot finančne institucije in s tem vpliva na pogoje, pod katerimi banka lahko prejema tuj kapital. V nasprotju z argumenti Nemčije in WestLB, upniki in rating agencije ne upoštevajo samo priznanih lastnih sredstev, temveč celotno ekonomsko in finančno stanje banke. Priznana lastna sredstva tvorijo samo del takšne analize, s katero se ocenjuje boniteta banke. Znesek 5,9 milijarde DEM (3,02 milijarde EUR) je bil s strani dežele in WestLB določen kot verjetna vrednost, ki bi lahko bila dosežena v primeru prodaje Wfa tretjemu. Če ta pristop ne bi bil primeren, revizorji WestLB ne bi dovolili, da se obdrži v bilanci stanja. Znesek v višini 4 milijarde DEM (2,05 milijarde EUR), ki ga je BAKred priznal, izhaja iz zelo previdne ocene s strani nadzornega organa. Treba je opomniti, da tudi ocena, opravljena za BAKred, navaja razpon od 4 milijard DEM (2,05 milijarde EUR) do 5,4 milijarde DEM (2,76 milijarde EUR). Zato se bo skupni znesek 5,9 milijarde DEM (3,02 milijarde EUR) za potencialnega upnika štel kot varščina za njegov denar in izboljša kreditno sposobnost WestLB. Ta pozitiven učinek prenosa sredstev na boniteto banke je bil ugotovljen tudi v oceni Wfa, izdelani za WestLB leta 1992. Ker zneska 3,4 milijarde DEM (1,74 milijarde EUR) ni mogoče uporabiti za razširitev poslovnih dejavnosti, ampak izboljša ugled banke v očeh upnikov, lahko njegovo ekonomsko funkcijo – čeprav je v bilanci prikazan kot lastni kapital – v tej zvezi primerjamo vsaj z garancijo.

(199) Ker ima tako WestLB ekonomsko korist tudi od zneska 3,4 milijarde DEM (1,74 milijarde EUR), bi vlagatelj v tržnem gospodarstvu zanj zahteval nadomestilo. Višina tega nadomestila bo zagotovo nižja od nadomestila za del v višini 2,5 milijarde DEM (1,28 milijarde EUR), od katerega ima WestLB večjo korist, ker se lahko po predpisih o solventnosti uporablja tudi kot obseg lastnega kapitala za razširitev njenih konkurenčnih dejavnosti.

e) PRIMERNO NADOMESTILO ZA KAPITAL

(200) Finančne naložbe različne ekonomske kakovosti zahtevajo različne donose. Pri preverjanju ali je naložba sprejemljiva za vlagatelja, ki deluje pod običajnimi tržnimi pogoji, je zato treba izhajati iz posebnega gospodarskega značaja zadevnega finančnega ukrepa in vrednosti kapitala, ki je WestLB dan na razpolago.

(201) Pritožnik je prvotno trdil, da zadevna transakcija predstavlja državno jamstvo dežele Severno Porenje-Vestfalija za obveznosti WestLB. Toda WestLB prenesen kapital v svoji bilanci stanja prikazuje kot lasten kapital, znesek 4,0 milijarde DEM (2,05 milijarde EUR), ki ga je BAKred priznal, pa kot temeljni lastni vir sredstev v smislu Direktive o solventnosti, od katerega lahko WestLB 2,5 milijarde DEM (1,28 milijarde EUR) uporabi za kritje svojih konkurenčnih dejavnosti. Pogoj za koherentno presojo finančnega ukrepa v skladu s členom 87(1) Pogodbe ES je, da se ukrep uvrsti kot kapitalski vložek in zanj zahteva ustrezno nadomestilo. En in isti finančni ukrep se ne more šteti kot povečanje kapitala z vidika bančnega nadzorstva in kot jamstvo po pravilih o državnih pomočeh iz Pogodbe ES. Vendar pa to načelno razvrščanje ne izključuje možnosti, da Komisija del tega kapitala, ki ga WestLB ne more uporabiti na enak način kot „običajni“ lastni kapital, zaradi njegovega posebnega značaja in za potrebe izračuna primernega nadomestila primerja z jamstvom.

i) ***Primerjava z drugimi instrumenti lastnega kapitala***

(202) Nemčija trdi, da bi bilo treba, ob upoštevanju dejstva, da direktna primerjava z drugimi transakcijami ni možna, primerno nadomestilo za kapital, ki je bil dan na razpolago, določiti s primerjavo prenosa sredstev z različnimi instrumenti lastnega kapitala, ki se običajno pojavljajo na trgu. V ta namen je Nemčija predložila zunanje izvedensko mnenje, katerega rezultati so bili predstavljeni že zgoraj in ki so privedli do zaključka, da je kapital Wfa najbolje primerljiv s potrdili o udeležbi pri dobičku, trajnimi prednostnimi delnicami in tihimi udeležbami.

(203) Komisija pa meni, da je zaradi posebnega značaja transakcije zelo težko primerjati vključitev Wfa v WestLB s katerim koli takrat na trgu obstoječim instrumentom. Čeprav je lahko transakcija v nekaterih pogledih podobna določenim instrumentom pa obstaja glede na vsak instrument toliko razlik, da ima vsaka primerjava le omejeno veljavo. Poleg tega tudi izvedenska mnenja, ki jih je predložila Nemčija, niso zares popolna, saj ne upoštevajo nekaterih zadevnih instrumentov, kot so npr. delnice brez glasovalnih pravic.

(204) Treba je upoštevati, da instrumenti, ki jih je Nemčija uporabila za primerjavo, banki praviloma zagotavljajo le zelo omejen del njenih lastnih virov sredstev. Gre za dodatne instrumente, ki dopolnjujejo „temeljni lastni kapital“, ki je sestavljen predvsem iz osnovnega kapitala in odprtih rezerv. S prenosom sredstev Wfa pa so bila lastna sredstva WestLB povečana za potrebe solventnosti s 5,09 milijarde DEM (2,6 milijarde EUR) na 9,09 milijarde DEM (4,65 milijarde EUR), t.j. za 80 %. Tudi če upoštevamo zgolj povečanje za 2,5 milijarde DEM (1,28 milijarde EUR), ki jih WestLB lahko uporabi za kritje njenih poslovnih dejavnosti, pomeni to še vedno dokapitalizacijo lastnih sredstev za 50 %. Hibridni instrumenti so se takrat ponavadi izvajali za deleže do največ 20 %. Z nobenim izmed primerljivih instrumentov ne bi bilo mogoče, da bi se kapital WestLB povečal na enak način in na trajni osnovi ([1]).

([1]) Ta vidik poudarjajo tudi zunanji strokovnjaki Komisije, ki kritizirajo izvedensko mnenje Nemčije, da se je vzdržalo vsakršne omembe velikost transakcije in jo je primerjalo z (glede na obseg) marginalnimi instrumenti. Po mnenju svetovalnega podjetja Komisije bi se morala sredstva Wfa primerjati z instrumenti temeljnih lastnih virov sredstev kot so delnice brez glasovalnih pravic.

(205) Med drugim je treba opozoriti na to, da so tudi rating agencije izvajale pritisk, da se v zvezi z lastnimi sredstvi izvršuje neke vrste „prostovoljno samoomejevanje“ teh instrumentov, medtem ko so agencije ta delež skrbno opazovale.

(206) V povezavi s tem je treba poudariti, da relativno široka paleta hibridnih lastnih kapitalskih instrumentov temeljnih lastnih virov sredstev in dodatnih lastnih sredstev, ki so sedaj kreditnim institucijam na voljo v več državah, v Nemčiji še niso obstajali, ko je bil leta 1991 sklenjen prenos Wfa na WestLB in ko je morala WestLB leta 1993 izpolniti strožje kapitalske zahteve, ki so začele veljati v tistem času. Nekateri od teh instrumentov so se razvili šele kasneje, nekateri pa so že obstajali, vendar v Nemčiji še niso bili priznani. Instrumenti, ki so v praksi bili na voljo in se v glavnem tudi uporabljali, so bila potrdila o udeležbi pri dobičku in podrejena posojila (obakrat gre za dodatni lastni vir sredstev, drugi instrument pa je bil priznan šele leta 1993). Tako primerjava kapitala Wfa s takšnimi hibridnimi instrumenti, ki so bili večinoma razviti šele kasneje in so deloma na voljo samo v drugih državah, ni primerna. Dejansko tudi Nemčija sama zavrača (posredno) tako primerjavo, s tem ko od Komisije zahteva, naj primer presoja na podlagi danih razmer v času odločitve o prenosu konec leta 1991.

(207) V izvedenskih mnenjih Nemčije je navedeno, da je stečaj WestLB tako zelo neverjeten, da se lahko to tveganje praktično zanemari. Vendar pa bi, strogo gledano, na podlagi tega argumenta pomenilo, da vlagatelj za naložbo v podjetje, ki velja za varno, ne bi smel zahtevati nikakršne premije tveganja na donos netveganih državnih obveznic. To pa nikakor ne ustreza danostim na trgu. Tudi če je stečajno tveganje pri določeni finančni naložbi zelo nizko, jo vlagatelj v tržnem gospodarstvu kljub temu upošteva. Za tovrstne naložbe v banke, kot v primeru drugih „varnih“ udeležb, bi zahteval občuten pribitek.

(208) Glede instrumentov lastnega kapitala, ki imata kot najbližji referenčni vrednosti v primerjavi Nemčije osrednjo vlogo, namreč trajne prednostne delnice in potrdila o udeležbi pri dobičku, je treba poudariti nekatere posebnosti. Trajne prednostne delnice se v nekaterih deželah štejejo kot temeljni lastni vir sredstev (temeljni kapital), vendar pa v Nemčiji kot take še naprej niso priznane. Potrdila o udeležbi pri dobičku štejejo zgolj k dodatnim lastnim virom sredstev, medtem ko ima kapital Wfa kvaliteto temeljnega lastnega vira sredstev. Zato ima WestLB od kapitala Wfa veliko večjo korist, saj si lahko z njim zagotovi dodatna lastna sredstva (kot na primer potrdila o udeležbi pri dobičku) do enakega obsega z namenom povečanja lastnega kapitala. Prav tako bi se v primeru, da po letih poslovanja z izgubo nastopijo dobičkonosna leta, najprej napolnila potrdila o udeležbi pri dobičku potem pa še kapital Wfa. Poleg tega je kapital Wfa WestLB na razpolago brez vsakršne časovne omejitve, medtem ko se potrdila o udeležbi pri dobičku ponavadi izdajo za deset let. Nadalje je treba znova opozoriti na to, da je ogromen obseg kapitalskega vložka atipičen in da se mora v zvezi s tem upoštevati vrstni red obremenitev v primeru izgub. Ker je delež sredstev Wfa relativno velik, bo ob pojavu večjih izgub relativno hitro uporabljen.

(209) Iz vseh teh razlogov je Komisija mnenja, da primerjava s hibridnimi instrumenti lastnega kapitala, ki jo je opravila Nemčija, zaradi posebnosti kapitala Wfa ni primerna, da bi služila kot osnova za določitev primernega nadomestila za kapital Wfa ([1]).

(210) Kar zadeva razmerje med kapitalom Wfa in ostalimi instrumenti lastnega kapitala BdB trdi, da je dogovor o podrejenosti in okvirni sporazum med delničarji WestLB ničen, ker posega v pravice tretjih, s tem, ko je dogovorjeno, da se lahko posebna rezerva Wfa – v primeru izgub WestLB – zaradi podrejenosti uporabi šele po ostalem lastnem kapitalu WestLB. Vendar pa se Komisija strinja z argumenti Nemčije in WestLB, da se dogovor nanaša izključno na razmerje med posebno rezervo Wfa in temeljnimi lastnimi viri sredstev, ki so jih dali na razpolago ostali delničarji, t. j. konkretno osnovni kapital in rezerve, vendar pa ni predvideno, da bi kapital Wfa bil podrejen nasproti lastnim virom sredstev kot so potrdila o udeležbi pri dobičku in podrejena posojila.

ii) ***Likvidnostni stroški***

(211) Argumenti Nemčije in WestLB glede stroškov zaradi likvidnosti so načeloma sprejemljivi. „Običajni“ kapitalski vložek pri banki slednji zagotovi tako likvidnost kot obseg lastnega kapitala, ki ju banka potrebuje zaradi nadzorstva za razširitev njenih dejavnosti. Da bi kapital uporabila v celoti, t.j. razširila svojo 100 % tveganju prilagojeno tehtano aktivo s faktorjem 12,5 (t.j. 100 deljeno s stopnjo solventnosti 8 %), se mora banka 11,5-kratno refinancirati na finančnih trgih. Če poenostavimo, pomeni razlika med 12,5-kratnimi prejetimi obrestmi in 11,5-kratnimi plačanimi obrestmi minus drugi stroški banke (na primer za upravljanje) dobiček na lastni kapital ([2]). Ker kapital Wfa WestLB sprva ni zagotovil likvidnosti, ker so prenesena

([1]) Zunanje izvedensko mnenje, ki je bilo izdelano za Komisijo, potrjuje to stališče, v njem pa so obravnavane tudi različne posamezne ocene, ki so vsebovane v izvedenskem mnenju Nemčije. Tako je npr. t.i., „učinek kupona“ predstavljen v drugačni luči, s tem ko se ugotovi, da bi se pri tekočih izgubah ali likvidaciji vsekakor izgubil ves kapital in ne samo en del. Izvedensko mnenje nadalje opozarja na dva pristranska vidika izvedenskega mnenja Nemčije: Po eni strani, tako sklep, se podatki o trgu uporabljajo selektivno, in po drugi strani so podatki o trgu delno nadomeščeni s podatki, ki so jih avtorji povzeli iz lastnih izkušenj, ne da bi to posebej navedli.

([2]) Seveda je dejansko položaj veliko bolj zapleten, na primer zaradi zunajbilančnih postavk, različnih tehtanj tveganja sredstev ali netveganih postavk. Vendar pa na temeljno razlago to ne vpliva.

sredstva in celoten donos Wfa po zakonu namenjena pospeševanju gradnje stanovanj, je imela WestLB dodatne stroške financiranja v višini kapitala, če je želela zbrati sredstva na finančnih trgih, potrebna za popolno izrabo poslovnih možnosti, ki so se ji odprle z dodatnim lastnim kapitalom, t.j. razširiti svojo tveganju prilagojeno tehtano aktivo z 12,5-kratnim zneskom kapitala (ali ohraniti obstoječa sredstva v tem obsegu) ([1]). Zaradi teh dodatnih stroškov, ki pri običajnem kapitalu ne nastajajo, se mora primerno povračilo ustrezno znižati. Vlagatelj v tržnem gospodarstvu ne more pričakovati enakega povračila kot pri denarnem vložku.

(212) Za razliko od WestLB in Nemčije pa Komisija meni, da se ne upošteva celotna obrestna mera refinanciranja. Stroški refinanciranja so stroški poslovanja in zato zmanjšujejo obdavčljiv dobiček. Neto rezultat banke se torej ne zmanjša za znesek dodatno plačanih obresti. Del teh stroškov se namreč poravna z znižanim davkom od dobička pravnih oseb. Samo neto stroški se upoštevajo kot dodatne obremenitve WestLB, zaradi posebnega značaja prenesenega kapitala. Skupno Komisija torej priznava, da ima WestLB dodatne „stroške zaradi likvidnosti“ v višini „stroškov refinanciranja po odbitku davka“.

iii) ***Primerno nadomestilo za znesek 2,5 milijarde DEM (1,28 milijarde EUR)***

(213) Primerno nadomestilo za znesek 2,5 milijard DEM se nedvomno lahko izračuna na več načinov. Vendar pa, kakor bo prikazano, vsi načini za izračunavanje nadomestila za osnovni kapital, ki je bil dan na razpolago, sledijo enakim osnovnim načelom. Na podlagi teh osnovnih načel je Komisija pričujoč izračun izvedla v naslednjih dveh korakih: Najprej določi najmanjše nadomestilo, ki bi ga vlagatelj pričakoval za (hipotetično) naložbo v osnovni kapital WestLB. Nato se preveri, ali bi na trgu zaradi posebnosti zadevne transakcije prišlo do dogovora o pribitku ali odbitku, in če je tako, ali bi dobili tudi metodično dovolj robustno količinsko opredelitev tega zneska.

Določitev pričakovanega najmanjšega nadomestila za naložbo v osnovni kapital WestLB

(214) Pričakovan donos na naložbo in naložbeno tveganje sta dva bistvena dejavnika pri odločitvi vlagatelja v tržnem gospodarstvu o naložbi. Za ugotovitev višine teh dveh elementov bo vlagatelj upošteval vse razpoložljive tržne informacije in podatke o posameznem podjetju. Pri tem se opira na zgodovinske povprečne donose, ki na splošno služijo kot izhodišče tudi za prihodnje poslovne izide podjetja, ter med drugim tudi na analizo poslovnega modela podjetja v času investicijskega obdobja, strategijo in kakovost vodenja podjetja ali relativna pričakovanja v zadevni gospodarski panogi.

(215) Vlagatelj v tržnem gospodarstvu se bo za naložbo odločil samo, če mu bo naložba, v primerjavi z najboljšo možno alternativno uporabo kapitala, omogočila večji donos oz. manjše tveganje. Skladno s tem vlagatelj ne bo investiral v podjetje, katerega pričakovani donosi so manjši od povprečnih pričakovanih donosov drugih podjetij s primerljivim profilom tveganja. V takem primeru lahko sklepamo, da obstajajo zadostne alternative za domnevno naložbo, ki obetajo višje pričakovane donose pri enakem tveganju.

(216) Obstajajo različne metode za določitev primernega najmanjšega nadomestila. Te segajo od različnih pristopov financiranja vse do metode CAPM. Za namen predstavitve različnih pristopov je smiselno razlikovati med dvema komponentama, netveganemu donosu in specifično premijo tveganja:

primeren najmanjši donos tvegane naložbe

=

netvegana osnovna stopnja + premija tveganja za tvegano naložbo.

Primeren najmanjši donos tvegane naložbe lahko torej opišemo kot vsoto netvegane stopnje donosa in dodatne premije tveganja za prevzem naložbenega tveganja.

(217) V skladu s tem je osnova za vsako določitev donosa obstoj oblike vloge, pri kateri ni tveganja neizplačila, z domnevno netveganim donosom. Ponavadi se za določitev netvegane osnovne stopnje uporabi pričakovan donos fiksno obrestovanih vrednostnih papirjev, ki jih država izdaja država (oziroma indeks, ki temelji na takšnih vrednostnih papirjih), ker predstavljajo obliko vloge s primerljivo nizkim tveganjem. Vendar pa med metodami obstajajo razlike glede določitve premije tveganja:

— *Pristop financiranja*: Pričakovan donos na lastni kapital vlagatelja predstavlja z vidika banke, ki kapital uporablja, prihodnje stroške financiranja. Pri tem

([1]) Položaj se ne spremeni, če se upošteva možnost povečanja dodatnih lastnih sredstev do višine temeljnih sredstev (faktor 25 namesto 12,5 za temeljna sredstva).

pristopu se najprej določijo zgodovinski stroški lastnega kapitala, nastali v bankah, ki so primerljive z zadevno banko. Aritmetično povprečje zgodovinskih stroškov kapitala se nato enači s prihodnjimi pričakovanimi stroški lastnega kapitala in s tem s pričakovano zahtevo donosnosti s strani vlagatelja.

— *Pristop financiranja s sestavljeno letno rastjo „Compound Annual Growth Rate“*: V središču tega pristopa je uporaba geometrične namesto aritmetične srednje vrednosti (Compound Annual Growth Rate).

— *Capital Asset Pricing Model (CAPM)*: CAPM je najbolj znan in najbolj preizkušen model sodobnega finančnega gospodarstva, s katerim se lahko pričakovan donos vlagatelja določi z naslednjo formulo:

najmanjši donos

=

netvegana osnovna stopnja + (tržna premija tveganja × beta)

Premijo tveganja za naložbo v lastni kapital dobimo z množenjem tržne premije tveganja z beta faktorjem (tržna premija tveganja × beta). Beta faktor se uporablja za količinsko opredelitev tveganja enega podjetja glede na celotno tveganje vseh podjetij.

(218) CAPM je prevladujoča metoda za izračun investicijskih donosov za velika podjetja, ki kotirajo na borzi. Ker WestLB ni podjetje, ki bi kotiralo na borzi, njegove beta vrednosti ni mogoče izpeljati neposredno. Uporaba metode CAPM je zato možna samo na podlagi ocene beta faktorja.

(219) Komisija ima šest izvedenskih mnenj, v katerih sta premija tveganja oz. skupen donos naložbe izračunana na podlagi različnih pristopov, pri čemer vsa izvedenska mnenja premije tveganja za vključitev Wfa v WestLB ne računajo neposredno, temveč na podlagi (hipotetične) naložbe v osnovni kapital WestLB.

— *Mnenji Ernst&Young* z dne 11. septembra 1995/28. avgusta 1997: v mnenjih Ernst&Young (1995), ki sledijo pristopu financiranja, se dejanski stroški kapitala za obdobje 1982-1992 določijo na podlagi sprememb cen zadnjega tečaja (tečajni dobički in izgube) in izplačanih dividend. Aritmetično povprečje zgodovinskih stroškov kapitala se nato enači s pričakovano zahtevo donosnosti s strani vlagatelja.

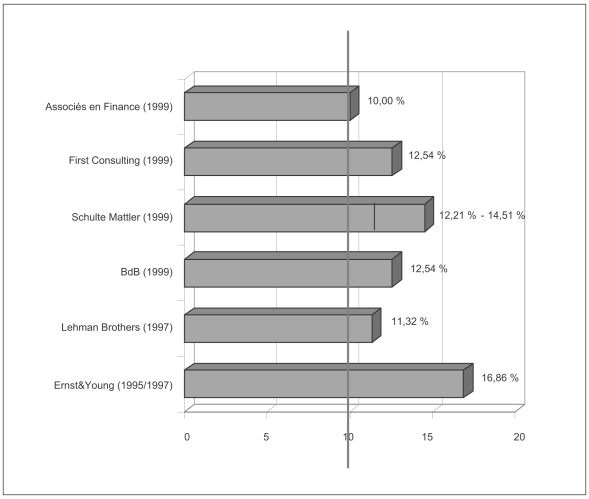
— Mnenje *Associés en Finance* (oktober 1999) izdelano po naročilu WestLB, je na podlagi tako imenovane metode *Securities Market Line Model* določilo najmanjše nadomestilo od 10 do 11 % za naložbo, ki je podobna osnovnemu kapitalu, v WestLB v zadevnem času prenosa.

— *Mnenje BdB* z dne 14. januarja 1999: BdB je v skladu s pristopom financiranja s sestavljeno letno rastjo „*Compound Annual Growth Rate*“ in bazo podatkov Ersnt&Young za vsa možna investicijska obdobja med 1982 in 1992 izračunal geometrijske srednje vrednosti stroškov lastnega kapitala za štiri velike nemške poslovne banke Deutsche Bank, Dresdner Bank, Commerzbank in Bayerische Vereinsbank. Povprečni stroški lastnega kapitala teh primerljivih bank 12,54 % ustrezajo pričakovanemu donosu vlagatelja.

— *Izvedensko mnenje podjetja Lehman Brothers* z dne 8. julija 1997 po naročilu WestLB, *mnenje profesorja Schulte-Mattlerja* z dne 14. januarja 1999 po naročilu BdB, *mnenje podjetja First Consulting* z dne 18. junija 1999 po naročilu Komisije: Ti izvedenci, ki vsi uporabljajo metodo CAPM, so najprej izračunali splošno tržno premijo tveganja za nemški delniški trg v času ob koncu leta 1991. V povprečju so prišli do premije 4-5 % (Lehman Brothers 4 %, profesor Schulte-Mattler 5 % in First Consulting 4-5 %). V dogovoru, ki je bil Komisiji predložen 13. oktobra 2004, so tudi dežela Severno Porenje-Vestfalija, WestLB in pritožnik BdB uporabili tržno premijo tveganja 4 %. Nato so izvedenci ocenili beta vrednost WestLB, t.j. izračunali posamezno premijo tveganja WestLB. S to vrednostjo je bila splošna tržna premija tveganja prilagojena WestLB. Ker WestLB ob koncu leta 1991 ni bila delniška družba, ki bi kotirala na borzi, se njena beta vrednost ni mogla statistično oceniti. Zato so izvedenci domnevali, da je beta vrednost WestLB enako velika kot beta vrednost primerljivih bank, ki kotirajo na borzi. Profesor Schulte-Mattler je z uporabo podatkov nemške zvezne banke *Deutsche Bundesbank* določil beta faktor za kreditne institucije v Nemčiji ob koncu leta 1991 v višini 1,25 (na osnovi letnih podatkov) in 1,1 (na osnovi mesečnih podatkov). Nasprotno pa izvedenec WestLB, podjetje Lehman Brothers, ni uporabilo beta vrednosti vseh nemških kreditnih institucij, temveč samo nemške industrijske banke IKB Deutsche Industriebank in banke BHF, ki znaša 0,765. Podjetje Lehman Brothers je tako prišlo do splošno nižje premije tveganja za WestLB. Tudi pritožnik BdB je v dogovoru, predloženem dne 13. oktobra 2004, sprejel beta faktor 0,76 kot še primernega in tako, drugače kot v svojem mnenju z dne 14, januarja 1999, pristal na minimalni donos 10,19 %.

(220) V naslednjem grafu so povzeti rezultati teh izvedenskih mnenj. Z uporabo navedenih metod za izračun pričakova-

nega donosa tveganе naložbe tako dobimo naslednje vrednosti minimalnega donosa za naložbo v osnovni kapital WestLB:



(221) Vsa predložena izvedenska mnenja so prišla do zaključka, da leži minimalni donos za (hipotetično) naložbo v osnovni kapital WestLB v zadevnem času prenosa med 10 % in 13 % ([1]). Zgolj dve izvedenski mnenji izhajata iz občutno višjega minimalnega donosa. V pogovorih med pritožnikom BdB, deželo Severno Porenje-Vestfalija in WestLB AG julija 2004, je bila kot primerno nadomestilo navedena stopnja 10,19 %. Ta vrednost se nahaja v pravkar določenem tržnem razponu. Komisija se je tako, z odstopanjem od svoje prvotne Odločbe glede WestLB iz leta 1999, v kateri je uporabila najmanjše nadomestilo 12 % letno, odločila za s strani strank predlagano vrednost 10,19 % letno kot običajno tržno nadomestilo za naložbo v WestLB, ki je podobna osnovnemu kapitalu. Zato je Komisija kot primerno najmanjše nadomestilo za prenos sredstev Wfa določila vrednost 10,19 % letno (po obdavčitvi dobička in pred obdavčitvijo naložbe).

Zmanjšanje donosa zaradi manjkajoče likvidnosti

(222) WestLB je v postopku najprej navedla, da naj bi njeni stroški refinanciranja v času prenosa sredstev zaradi njene finančne strukture znašali 9,2 %. V teku postopka so bile v številnih spisih in pogovorih s strani WestLB in Nemčije navedene stopnje refinanciranja 7,0 % in 7,5 % ([2]). V dogovoru so stranke v skladu z dolgoročno netvegano temeljno obrestno mero, ki so jo same določile, za čas 31. december 1994 uporabile stopnjo 7,15 %. Poleg tega so se stranke dogovorile o pavšalni davčni stopnji 50 %. V skladu s tem so stranke prišle do neto obrestne mere refinanciranja 3,75 % za kapital Wfa, ki je na razpolago za kritje konkurenčnih dejavnosti in s tem do ustreznega odbitka zaradi manjkajoče likvidnosti.

(223) Na podlagi dejstva, da navedeni zneski sovpadajo z okvirom, ki ga je Nemčija že navedla poprej, Komisija nima razloga, da teh zneskov ne bi upoštevala kot upravičenih in jih uporabila pri določitvi elementov pomoči. Komisija je sicer v svoji prvotni Odločbi glede WestLB dolgoročno netvegano stopnjo za nemške desetletne obveznosti, ki je ob konec leta 1991 znašala 8,26 %, sprejela kot najmanjše bruto stroške refinanciranja. Vendar pa gre pri tej obrestni meri za način obravnavanja, ki ne upošteva, da so bila sredstva Wfa WestLB na razpolago na dolgi rok. V okviru njihovih razprav o dolgoročni netvegani temeljni obrestni meri stranke torej za fiksno investicijsko obdobje niso uporabile netveganega donosa, ki smo ga na trgu lahko opazovali v času prenosa, ker takšno opazovanje ne bi upoštevalo tveganja reinvestiranja, t.j. tveganje po koncu investicijskega obdobja, da kapitala ni mogoče ponovno investirati na ravni netvegane obrestne mere. Po mnenju strank se naložbeno tveganje najbolje upošteva z uporabo indeksa skupnega donosa „*Total Return Index*“. Zato so stranke uporabile indeks uspešnosti REX10 Performance Index nemške borze (Deutsche Börse AG), ki kaže uspešnost naložbe v obveznice Zvezne republike Nemčije za dobo natanko desetih let. V tem primeru uporabljena indeksna vrsta vsebuje vsakokratne letne končne vrednosti indeksa uspešnosti REX10 od leta 1970. Stranke so nato določile letne donose, ki odražajo trend, prikazan v uporabljenem indeksu REX10 v obdobju med 1970 in 1991, ter tako prišli do zgoraj navedene netvegane temeljne obrestne mere 7,15 % (31. december 1991).

(224) Ob upoštevanju, da je bila vloga WestLB dana na razpolago na trajni osnovi, se zdi v tem posebnem primeru takšno postopanje za določitev netveganih temeljnih obrestnih mer primerno. Tudi uporabljen indeks REX10 velja za splošno priznan vir podatkov. Določene netvegane temeljne obrestne mere se zato v tem primeru zdijo primerne.

(225) Tudi zato se je Komisija v zadevnem primeru odločila, da uporabi kot najmanjše bruto stroške refinanciranja uporabi s strani strank določeno dolgoročno netvegano obrestno mero 7,15 % z dne 31. decembra 1991. Pri pavšalni davčni stopnji 50 % ([3]) v takratnem času prenosa, pride tako tudi Komisija do neto obrestne mere refinanciranja in odbitku zaradi manjkajoče likvidnosti 3,75 % letno za kapital Wfa, ki je na razpolago za kritje konkurenčnih dejavnosti.

Povečanje donosa zaradi posebnosti prenosa Wfa

(226) V praksi se pri določitvi nadomestila atipične okoliščine, ki predstavljajo odstopanje od običajne naložbe v osnovni kapital v zadevno podjetje, na splošno upoštevajo

([1]) To je podkrepljeno tudi z izjavami in študijami investicijske banke in svetovalnih podjetij za dejanske in pričakovane donose lastnega kapitala. Podjetje Salomon Brothers je ocenilo donos lastnega kapitala za večino evropskih bank na 10 do 14 %, podjetje Merryl Lynch za različne nemške banke na približno 11,8 % in WestLB Panmure prav tako na približno 11,8 %.

([2]) V odločitvi o sprožitvi postopka v skladu s členom 88(2) Pogodbe ES je Komisija na podlagi podatkov, ki jih je v tem času prejela s strani WestLB, navedla predhodno stopnjo 7 %.

([3]) Na podlagi dokumentacije, ki jo je predložila Nemčija, je davek od dobička pravnih oseb leta 1995 in 1996 znašal 42 %, h kateremu se je prištel še solidarnostni pribitek v višini 7,5 % (skupno torej 49,5 %). Celotna stopnja obdavčitve se je leta 1998 zmanjšala na 47,5 %. Šele od leta 2001 je celotna stopnja obdavčitve znašala le še 30,5 %.

z ustreznimi pribitki in odbitki. Zato je treba preveriti, ali skladno s posebnostmi, zlasti konkretnim profilom tveganja prenosa Wfa, obstajajo razlogi za prilagoditev pravkar določenega najmanjšega nadomestila 10,19 %, ki bi ga zasebni vlagatelj pričakoval za (hipotetično) naložbo v osnovni kapital WestLB, in ali bi Komisija lahko izvedla metodično dovolj robustno količinsko opredelitev. V zvezi s tem je treba preveriti tri vidike: prvič, neizdaja novih delnic podjetja in s tem povezanih glasovalnih pravic, drugič, izreden obseg prenesenih sredstev in tretjič, nezadostna tržnost vloge.

(227) Dežela s prenosom ni pridobila dodatnih glasovalnih pravic. Z odpovedjo glasovalnim pravicam se vlagatelj odpove možnosti vpliva na odločitve in poslovanje banke. Če bi se povečale glasovalne pravice dežele, bi slednja posedovala več kot 70 % glasovalnih pravic. To pomeni, da bi dežela iz manjšinskega lastnika (z 42-odstotnim lastniškim deležem) postala večinski lastnik. Vlagatelj v tržnem gospodarstvu bi v zameno za prevzem večjega tveganja izgube brez ustreznega povečanja vpliva na podjetje (tudi pri zmanjšanju tveganja z internimi dogovori z ostalimi delničarji) zahteval višje nadomestilo. To postane očitno pri prednostnih delnic brez glasovalnih pravic. Za odpoved glasovalni pravici se nudi večja obrestna mera ter prednostna uporaba. Na osnovi višjega nadomestila za prednostne delnice v primerjavi z navadnimi delnicami in v soglasju s pritožnikom BdB, deželo Severno Porenje-Vestfalija in WestLB AG, ki so kot rezultat njihovih pogovorov julija 2004 v ta namen kot primerno določili stopnjo 0,3 % letno (po obdavčitvi), Komisija zato meni, da je pribitek 0,3 % letno (po obdavčitvi dobička) upravičen.

(228) Obseg prenesenih sredstev in njegov vpliv na WestLB z vidika Direktive o solventnosti, je že bil omenjen zgoraj. S prenosom Wfa se je temeljni kapital WestLB podvojil, in sicer brez stroškov pridobivanja in upravnih stroškov. V zadevnem primeru pa velik obseg sredstev Wfa po mnenju Komisije lahko ovrednotimo kot – čeprav sam po sebi nezadosten – indic za podobnost transakcije osnovnemu kapitalu. V tem smislu bi vnovično upoštevanje obsega prenosa Wfa v okviru pribitka ta vidik vrednotilo „dvojno“, kar pa ni dopustno. Komisija se zato v zadevnem primeru z vidika obsega, in ob odstopanju od svoje prvotne Odločbe glede WestLB, vzdržuje pribitka.

(229) Nazadnje je treba opozoriti na nezadostno tržnost vloge, t. j. nemožnost, da bi se vložen kapital kadar koli dvignil iz podjetja. Običajno lahko vlagatelj instrument lastnega kapitala na trgu proda tretjemu in s tem konča svojo naložbo. Običajen prenos v osnovni kapital poteka kakor sledi: Vlagatelj vloži sredstva (bodisi v denarju ali v naravi), ki se v bilanci stanja izkazujejo na strani sredstev. Temu praviloma na strani obveznosti ustreza tržni delež v korist vlagatelja, npr. pri delniških družbah so to delnice. Te delnice lahko proda tretjemu. Sicer pa s tem ne more ponovno prenesti svoje prvotno vložene vrednosti sredstev. Saj slednja sedaj sestavlja del rizičnega lastnega kapitala družbe in njemu ni več na razpolago. Lahko pa s prodajo delnice realizira njeno gospodarsko protivrednost. Njegova vloga kapitala tako postane tržna. Zaradi posebnih okoliščin prenosa Wfa dežela te možnosti nima. Kljub temu in v nasprotju z njeno prvotno Odločbo glede WestLB, Komisija v tem primeru ne vidi nobenega razloga za dodatni pribitek. Kajti dežela sicer ni imela možnosti realizirati gospodarske protivrednosti s prosto tržnostjo naložbe, vendar pa je vsaj načeloma obstajala možnost, da se sredstva Wfa z zakonom izvzamejo iz WestLB in s tem po potrebi z vnovično naložbo v druge institucije dosežejo višji donosi.

(230) Na splošno Komisija meni, da je povečanje donosa za pribitek najmanj 0,3 % letno (po obdavčitvi) primerno za odpoved dodatnim glasovalnim pravicam ([1]).

Nespremenjeno nadomestilo zaradi dogovora o pavšalnem nadomestilu

(231) Pri delnicah je nadomestilo odvisno neposredno od rezultatov podjetja in se izraža predvsem v obliki dividend in udeležbi pri povečanju vrednosti podjetja (npr. izraženo s povečanjem tečaja delnic). Dežela prejme pavšalno nadomestilo, katerega višina bi morala odražati ta dva vidika nadomestila za „običajni“ kapitalski vložek. Lahko bi trdili, da fiksno nadomestilo, ki ga dežela prejme namesto neposrednega povračila, povezanega z rezultati WestLB, predstavlja prednost, ki upravičuje zmanjšanje stopnje povračila. Ali je takšno fiksno nadomestilo dejansko ugodnejše od spremenljive, na dobiček vezane stopnje, je odvisno od rezultatov podjetja v prihodnosti. Če se slednji poslabšajo, je pavšalna stopnja vlagatelju v korist, če pa se izboljšajo, je on postavljen v slabši položaj. Vendar pa dejanski razvoj dogodkov ne more biti naknadno uporab-

([1]) Izvedensko mnenje podjetja First Consulting citirano v opombi 49 prvotne Odločbe glede WestLB je sicer predvidelo pavšalen pribitek 1–2 % za posamezne navedene vidike, vendar glede obsega ni presodilo, da je treba slednjega upoštevati že pri določitvi podobnosti osnovnemu kapitalu. Kar zadeva vidik tržnosti, First Consulting iz zornega kota Komisije ni presodil, da vloga sicer ni prenosljiva, vendar pa se lahko z zakonom izvzame iz WestLB in tako načeloma na novo investira.

ljen za odločitev o naložbi. V zadevnem primeru je treba upoštevati tudi to, da se pri izgubah ne plača nikakršno nadomestilo in da je odločitev o kumulativnih doplačilih v rokah WestLB. Pavšalni značaj nadomestila tako vlagatelju ne koristi na tak način, da bi se slednji zato strinjal z zmanjšanjem nadomestila. Ob upoštevanju vsega tega Komisija meni, da stopnje nadomestila iz tega razloga ne gre zmanjšati.

(232) Omeniti je treba tudi, da se nadomestilo, ki se mora plačati za vloženi kapital, običajno dogovori med podjetjem in vlagateljem. V zadevnem primeru pa je bila višina nadomestila, ki ga mora plačati WestLB, očitno dogovorjena med delničarjem in WestLB, kar ni običajno. Višina nadomestila naj ne bi bila odvisna od tega, kaj so ostali delničarji pripravljeni sprejeti, temveč od tveganja za deželo in uporabnosti za WestLB. Prav tako Nemčija ni predložila nobene dokumentacije iz pogajanj o nadomestilu in izračunu višine nadomestila. Vsekakor se gre strinjati z Nemčijo, ko opozarja na to, da je z vidika presoje državne pomoči s strani Komisije odločilen samo rezultat, t.j. višina nadomestila, in ne način kako je do tega prišlo. Z vidika Komisije pa lahko način, kako je bilo nadomestilo določeno, in preudarki, ki so pri tem igrali vlogo, pripomorejo pri ugotavljanju, v kolikšni meri je dežela ravnala kot vlagatelj v tržnem gospodarstvu.

(233) Poleg tega je bilo med delničarji in WestLB dogovorjeno, da se nadomestilo določi šele, ko bodo znani finančni rezultati WestLB za leta od 1992. Po mnenju Komisije pa bi morali biti finančni rezultati banke za določitev višine pavšalnega nadomestila brez pomena. Takšno nadomestilo ne sme biti odvisno od dobičkov, ki jih WestLB dejansko ustvari, temveč od tveganja za deželo in potencialne uporabnosti prenesenih sredstev za banko. Vlagatelj v tržnem gospodarstvu ne bi bil pripravljen, zaradi slabših rezultatov zadevnega podjetja, sprejeti nižjega pavšalnega nadomestila. Ta dogovor tako ne kaže na ravnanje, ki bi ustrezalo vlagatelju v tržnem gospodarstvu.

(234) Na začetni stopnji preiskave Komisije so se med pritožnikom in WestLB pričela pogajanja, katerih cilj je bil doseči rešitev brez izvedbe postopka po členu 88(2) Pogodbe ES, t.j. določiti tržno primerno nadomestilo na skupni osnovi. Ti pogovori niso privedli do rezultata. Vendar pa je WestLB tekom teh pogajanj predlagala, da deželi poleg že obstoječega pavšalnega nadomestila 0,6 % odobri pravico, da v primeru likvidacije WestLB prejme primerno nadomestilo za povečanje vrednosti, ki bi v WestLB nastalo z razširitvijo poslovne dejavnosti kot posledice prenosa sredstev Wfa; t.j. deželi bi se dodelil dodaten delež odprtih rezerv in tihih udeležb WestLB. Iz teh dejstev je razvidno, da je bila vrednost prenesenega kapitala za WestLB dejansko večja, kot ustreza dogovorjenemu nadomestilu. Vendar pa takšen delež likvidnostne vrednosti ni bil dogovorjen. Prav tako vlagatelj v tržnem gospodarstvu ne bi sprejel takšnega hipotetičnega „nadomestila“, ker ga pri takšnem podjetju kot je WestLB na dolgi rok nikoli ne bi mogel narediti donosnega, zato zanj ne bi imelo vrednosti.

Celotno nadomestilo

(235) Na podlagi vseh teh preudarkov in soglasno s pritožnikom BdB, deželo Severno Porenje-Vestfalija in WestLB AG, je Komisija prišla do zaključka, da bi primerno nadomestilo za zadevni kapital znašalo 6,92 % (po plačilu davka od dobička), namreč 10,19 % (po plačilu davka od dobička) običajnega donosa za zadevno naložbo s pribitkom 0,3 % (po plačilu davka od dobička) zaradi posebnosti transakcije z odbitkom 3,75 % (po plačilu davka od dobička) zaradi stroškov financiranja, ki jih ima WestLB zaradi manjkajoče likvidnosti prenesenih sredstev.

iv) ***Primerno nadomestilo za znesek 3,4 milijarde DEM (1,74 milijarde EUR)***

(236) Kot je že bilo predstavljeno, ima tudi delež lastnega kapitala v višini 3,4 milijarde DEM (1,74 milijarde EUR) za WestLB materialno vrednost, njegova ekonomska funkcija pa je primerljiva s funkcijo garancije ali jamstva. Vlagatelj v tržnem gospodarstvu bi zahteval primerno nadomestilo v zameno za izpostavitev takšnemu tveganju.

(237) V odločitvi o začetku postopka v skladu s členom 88(2) Pogodbe ES je Komisija navedla stopnjo 0,3 %, ki jo je Nemčija navedla za primerno provizijo za jamstvo za banko, kot je WestLB. V zvezi s tem pa je treba upoštevati zlasti dva dejavnika. Kot prvo je znesek 3,4 milijarde DEM (1,74 milijarde EUR) nad zneskom, ki se ponavadi krije s takšnimi bančnimi jamstvi. Ko drugo pa so bančna jamstva običajno povezana z določenimi transakcijami in časovno omejena. Po drugi strani pa je posebna rezerva Wfa WestLB časovno neomejeno na razpolago. Oba dejavnika zahtevata povečanje nadomestila na približno 0,5 do 0,6 %. Ker premije jamstva ponavadi predstavljajo stroške poslovanja in tako zmanjšujejo obdavčljive dobičke, nadomestilo, ki se deželi plača za kapital Wfa, pa se izplačuje iz teh dobičkov, je treba to stopnjo ustrezno prilagoditi. Ob upoštevanju vsega tega Komisija meni, da predstavlja stopnja nadomestila v višini 0,3 % po obdavčitvi primerno nadomestilo za to vrsto kapitala.

v) ***Sinergijski učinki***

(238) Nemški organi oblasti navajajo, da so bile pravi razlog za prenos potencialne sinergije in ne povečanje lastnega kapitala WestLB. Vsekakor je možno, da se je razprava o učinkovitosti pospeševanja gradnje stanovanj pričela že v sedemdesetih letih prejšnjega stoletja. Kljub tej dolgotrajni razpravi pa do prenosa ni prišlo pred letom 1991, ko so potrebe po kapitalu WestLB javne lastnike prisilile, da so v tej smeri kaj storili. Iz dokumentacije – zlasti zadevne

dokumentacije glede zakona o prenosu kot je obrazložitev zakona ali zapisniki razprav v deželnem zboru – je jasno razvidno, da je pravi namen prenosa bilo povečanje obsega lastnega kapitala WestLB in izpolnitev novih predpisov o solventnosti. Sinergije so veljale za pozitiven (stranski) učinek, vendar v tem času zagotovo niso bile glavni razlog za transakcijo.

(239) Nemčija in WestLB trdita, da dežela ni prejela samo nadomestila 0,6 % za znesek 2,5 milijarde DEM (1,28 milijarde EUR), ampak poleg tega imela še korist od sinergijskih učinkov v višini približno 30 milijonov DEM (15 milijonov EUR) letno, zaradi prenosa in vključitve Wfa in prevzema pokojninskih obveznosti Wfa s strani WestLB v višini 33 milijonov DEM (17 milijonov EUR). Prihranke, ki so jih pogojevale sinergije, lahko razložimo kot stranski učinek združitve Wfa z nekdanjim oddelkom WestLB za pospeševanje gradnje stanovanj, ki je omogočila dejavnosti pospeševanja gradnje stanovanj organizacijsko oklestiti in privarčevati z osebjem.

(240) Sinergije so običajne posledice združitve. Vendar pa ni jasno, kako so takšni sinergijski učinki združljivi s pristopom zaprtega kroga, ki ga uveljavlja dežela, in konkurenčno nevtralnostjo Wfa. Kolikor so sinergije po prenosu bile možne, čeprav obe enoti ostajata med seboj jasno ločeni, in so nastale iz združitve Wfa z oddelkom WestLB za pospeševanje gradnje stanovanj, ki je že pred tem delala izključno za Wfa, ni razvidno, zakaj takšne sinergije ne bi bile možne tudi brez prenosa.

(241) Nadalje, če za Wfa nastanejo takšne sinergije in prihranki stroškov, to koristi dejavnostim pospeševanja gradnje stanovanj z zmanjšanjem stroškov (in tako deželi), ampak se ne more šteti kot vračilo WestLB za zagotovitev temeljnih lastnih virov sredstev. Ker se s temi sinergijami ne zmanjša niti uporabnost prenesenega kapitala za WestLB niti povečajo stroški, ki so za WestLB nastali s prenosom, sinergije tudi ne smejo vplivati na višino nadomestilo, ki bi ga vlagatelj v tržnem gospodarstvu od banke zahteval za zagotovljeni lastni kapital. Tudi v primeru dejanske prednosti za deželo kot posledico sinergij, bi bil vsak tekmec zaradi konkurence prisiljen, deželi za finančni instrument (Wfa) poleg primernega nadomestila za zagotovljeni lastni kapital „plačati“ še „nadomestilo“ v obliki takšnih ugodnosti.

(242) Med drugim nastajajo sinergije kot posledica združitve običajno v obeh združenih podjetjih. Težko je razumeti, zakaj WestLB sploh ni mogla imeti koristi od teh ugodnosti.

(243) Če je WestLB poravnala plačila pokojninske obveznosti Wfa, s čimer so znižali letni izdatki Wfa, takšna plačila ne štejejo kot sinergije, nastale zaradi združitve. Lahko pa se štejejo kot posredno nadomestilo WestLB za deželo. Ugodnosti bi morale nastati v okviru dejavnosti pospeševanja gradnje stanovanj in posledično povečati sredstva, ki so tam na razpolago.

(244) Komisija je tako mnenja, da pri uveljavljanih sinergijskih učinkih ne gre za nadomestilo, ki bi ga WestLB plačala za prenos Wfa, vendar pa je pripravljena znesek 33 milijonov DEM (17 milijonov EUR), ki ga je WestLB leta 1992 plačala za pokojninske izdatke Wfa, upoštevati kot del nadomestila, ki ga je WestLB plačala za prenos.

f) UPOŠTEVANJE POSLOVNEGA LETA 2002

(245) Komisija je v nasprotju z mnenjem strank dogovora prišla do zaključka, da se mora pri izračunu elementa pomoči upoštevati tudi leto 2002, in sicer sorazmerno do 1. avgusta 2002. Nemčija je sicer ponovno navedla, da se na podlagi povratne veljave po računovodskih predpisih in zakonsko določene vključitve Wfa v *Landesbank Nordrhein-Westfalen* s 1. januarjem 2002 državna pomoč od 1. januarja 2002 šteje kot odpravljena. Ne glede na ta učinek pa je bil kapital Wfa vseeno WestLB dejansko na razpolago za kritje njenih konkurenčnih dejavnosti vse do 1. avgusta 2002. Za odgovor na tukaj obravnavano vprašanje je to odločilnega pomena.

(246) Zlasti ne prepriča ugovor, da niso samo donosi Wfa in področja pospeševanja, temveč tudi celotno javno poslovanje s hipotekarnimi obveznicami z novo ureditvijo že s 1. januarjem 2002 prešla na *Landesbank*, tako da so bile izgube donosa za WestLB, ki so v neposredni povezavi s prihodnjo rešitvijo Wfa, že veliko višje kot primerno nadomestilo za kapital Wfa, ki bi se moralo priznati kot ustrezna kompenzacija. Komisija je prišla do zaključka, da škoda nastala iz ločitve dejavnosti pospeševanja ter javnega poslovanja s hipotekarnimi obveznicami ne predstavlja nadomestila za uporabo kapitala Wfa do 1. avgusta 2002. S kapitalom Wfa namreč ni bila krita samo dejavnost pospeševanja in javno poslovanje s hipotekarnimi obveznicami, temveč vse konkurenčne dejavnosti WestLB. WestLB mora zato plačati nadomestilo 6,92 % do 1. avgusta 2002.

g) ELEMENT POMOČI

(247) Na podlagi zgornjih izračunov Komisija meni, da je nadomestilo 6,92 % letno po obdavčitvi za tisti del kapitala, ki ga je WestLB lahko uporabljala za kritje svoje poslovne dejavnosti, namreč 2,5 milijarde DEM (1,28 milijarde EUR) s koncem leta 1993, in 0,3 % po obdavčitvi za razliko med tem delom in zneskom, ki je v bilanci stanja WestLB prikazan kot lastni kapital v višini 5,9 milijarde DEM (3,02 milijarde EUR), torej 3,4 milijarde DEM (1,74 milijarde EUR) s koncem leta 1993, skladno s trgom.

(248) WestLB je plačala nadomestilo 0,6 % samo za znesek, ki ga je lahko uporabljala za kritje svoje poslovne dejavnosti. To nadomestilo je bilo prvič plačano za leto 1993. Kot je Komisija predstavila zgoraj, sprejme plačila WestLB v letu 1992 za pokojninske zahtevke Wfa kot dodatno nadomestilo za deželo.

(249) Element pomoči lahko izračunamo kot razliko med dejanskimi plačili in plačili, ki bi ustrezali tržnim pogojem.

(250) Tabela 5: Izračun elementa pomoči

(v milijonih DEM)

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
1. Delež posebne rezerve, ki je na razpolago WestLB	13	2 510	2 819	3 048	3 108	3 112	3 113	[…]	[…]	[…]	[…]
2. Preostali znesek (razlika do 5 900 milijonov DEM, 2002 sorazmerno s 7/12)	5 887	3 390	3 081	2 852	2 792	2 788	2 787	[…]	[…]	[…]	[…]
Nadomestilo 6,92 % (po obdavčitvi) za 1.	0,9	173,7	195,1	210,9	215,1	215,4	215,4	[…]	[…]	[…]	[…]
Nadomestilo 0,3 % (po obdavčitvi) za 2.	17,7	10,2	9,2	8,6	8,4	8,4	8,4	[…]	[…]	[…]	[…]
Celotno nadomestilo, ki je skladno s trgom	18,6	183,9	204,3	219,5	223,5	223,8	223,8	[…]	[…]	[…]	[…]
Dejansko nadomestilo (po obdavčitvi)	33,1	15,1	16,9	18,3	18,6	18,7	18,7	[…]	[…]	[…]	[…] [1]
Element pomoči	- 14,5	168,8	187,4	201,2	204,9	205,1	205,1	208,6	209,3	209,3	128,6

(vsota: 1 913,80 milijonov DEM = 978,51 milijonov EUR)

[1] Po podatkih Nemčije je WestLB za celotno leto 2002 plačala […] DEM. V povezavi s tukaj obravnavanim časovnim obdobjem med 1. januarjem in 1. avgustom 2002 ([…] pomnoženo s faktorjem 7/12) je kot nadomestilo treba plačati znesek […].

4. *DAVČNE OPROSTITVE*

(251) Kot je Komisija pojasnila v svoji odločitvi o začetku postopka v skladu s členom 88(2) Pogodbe ES, lahko gre za državno pomoč, če je določeno podjetje oproščeno običajne obdavčitve, ki velja za njegove tekmece. Če izvedba „ustanova znotraj ustanove“ vključuje neprofitno enoto podjetja, ki ni davčni zavezanec, je treba sprejeti ukrepe, s katerimi se zagotovi, da bodo ekonomski učinki davčnih olajšav omejeni samo na neprofitno ustanovo in da ne bodo vplivali na tržno usmerjeno podjetje.

(252) WestLB za prenesena sredstva ni plačala niti davka od premoženja niti obratovalnega davka. Poleg tega poslovna dejavnost WestLB tudi po prenosu ni bila podvržena davku od dobička pravnih oseb. Po mnenju Nemčije WestLB s to davčno ureditvijo naj ne bi bila in tudi ni bila deležna ugodnosti v primerjavi z ostalimi davčnimi zavezanci.

(253) Dobički, ki nastanejo s konkurenčno dejavnostjo WestLB zaradi uporabe kapitala Wfa za potrebe solventnosti, se normalno obdavčijo. Samo dobički iz dejavnosti pospeševanja gradnje stanovanj so oproščeni davka. Oprostitve davka od premoženja in obratovalnega davka so prav tako omejena na dejavnost pospeševanja gradnja stanovanj. Komisija ne odloča o tem, ali gre za kršitev nemških predpisov o davčnih oprostitvah v korist neprofitnih ustanov, temveč ukrep presoditi zgolj na podlagi določb Pogodbe ES glede državnih pomoči.

(254) Z oprostitvijo Wfa znotraj WestLB od davka od premoženja, obratovalnega davka in davka od dobička pravnih oseb so se povečali dobički (oz. zmanjšale izgube) Wfa,

zmanjšala potencialna nujnost za deželo, da zagotovi dodaten kapital za pospeševanje gradnje stanovanj, in povečala neto sredstva Wfa. Ker je Wfa kot temeljna lastna sredstva za lastne dejavnosti potrebovala samo določen del tega (razširjenega) obsega lastnega kapitala, se je lahko del, ki je na razpolago WestLB za kritje njenih poslovnih dejavnosti, s časom prav tako povečal. V kolikor pa bi se ta del povečal, bi se morala povečati tudi podlaga za nadomestilo, ki se plačuje deželi. Če bi se določila primerna višina nadomestila, davčne oprostitve za pospeševanje gradnje stanovanj ne bi izkrivljale konkurence v korist WestLB. Na podlagi zgornjih izračunov znaša primerno nadomestilo 6,92 % letno oz. 0,3 % letno po obdavčitvi dobička.

5. *OPROSTITEV OBVEZNOSTI*

(255) Nemčija trdi, da oprostitev jamstvenih obveznosti ne slabša finančnega stanja dežele in ne predstavlja nobene konkurenčne prednosti za Wfa ali WestLB. Ker se sredstva Wfa (deželna sredstva za pospeševanje gradnje stanovanj) po prenosu zaradi zadevnih obveznosti letno niso več zmanjšale, bi bili v primeru razdružitve Wfa možni višji iztržki, pri čemer bi ti višji iztržki dotekali deželi. Poleg tega so nemški organi pojasnili, da brez te oprostitve BAKred 4 milijard DEM (2,05 milijarde EUR) ne bi sprejel kot temeljnih lastnih virov sredstev Wfa.

(256) Z odpovedjo jamstva se je vrednost Wfa zagotovo povečala. Ker pa nadomestilo, ki ga mora plačati WestLB, temelji na oceni Wfa po tej odpovedi, in je bilo to povečanje vrednosti s tem upoštevano, odpoved ne predstavlja ugodnosti za WestLB, v kolikor je nadomestilo v skladu s tržnimi pogoji.

6. *SKLADNOST UKREPA S POGODBO ES*

(257) Na podlagi vseh teh preudarkov lahko ugotovimo, da prenos posebnih namenskih sredstev izpolnjuje vsa merila iz člena 87(1) Pogodbe ES in zato prenos Wfa vključuje državne pomoči v smislu navedenega člena 87(1) Pogodbe ES. Na podlagi tega je treba preveriti, ali se pomoč lahko spozna za skladno s skupnim trgom. Vendar je treba pripomniti, da nemška vlada v zvezi z morebitnimi elementi pomoči v okviru prenosa Wfa ni uveljavila posebne določbe Pogodbe.

(258) Posebne določbe iz člena 87(2) Pogodbe ES se ne uporabljajo. Pomoč ni socialnega značaja in se ne dodeljuje posameznim potrošnikom. Prav tako ne povrne škode, nastale zaradi naravnih nesreč ali drugih izjemnih okoliščin, in ni nadomestilo gospodarske škode, ki jo je povzročila delitev Nemčije.

(259) Ker pomoč nima regionalnega cilja – ni namenjena niti za pospeševanje gospodarskega razvoja območij z izjemno nizko življenjsko ravnijo ali z znatno podzaposlenostjo niti za pospeševanje razvoja določenih gospodarskih območij – se člen 87(3)(a) in regionalni vidiki iz člena 87(3)(c) Pogodbe ES ne uporabljajo. Pomoč tudi ne pospešuje izvedbe pomembnega načrta skupnega evropskega interesa. Prav tako pa cilja pomoči nista pospeševanje kulture in ohranjanje kulturne dediščine.

(260) Ker gospodarski obstoj WestLB v času ukrepa ni bil ogrožen, ni potrebno preučiti, ali bi propad ene same velike kreditne institucije, kot je WestLB, lahko v Nemčiji privedel do splošne krize v bančnem sektorju, kar bi morda v skladu s členom 87(3)(b) Pogodbe ES upravičilo pomoč za odpravljanje resne motnje v nemškem gospodarstvu.

(261) V skladu s členom 87(3)(c) Pogodbe ES se lahko pomoči spoznajo za skladne s skupnim trgom, če pospešujejo razvoj določenih gospodarskih dejavnosti. To bi načeloma lahko veljalo tudi za pomoč za prestrukturiranje v bančnem sektorju. Vendar pa v zadevnem primeru pogoji za uporabo te posebne določbe niso izpolnjeni. WestLB ni obravnavana kot podjetje v težavah, čigar vitalnost bi se morala povrniti z državno pomočjo.

(262) Člen 86(2) Pogodbe ES, ki pod določenimi pogoji dopušča odstopanja od določb o državni pomoči iz Pogodbe, se načeloma uporablja tudi za sektor finančnih storitev. Komisija je to potrdila v svojem poročilu „Storitve splošnega gospodarskega interesa v bančnem sektorju“ ([1]). Jasno pa je, da se je prenos izvedel zato, da bi WestLB lahko izpolnila nove zahteve po lastnem kapitalu, in brez upoštevanja kakršnih koli storitev skupnega gospodarskega interesa. Sicer pa Nemčija ni trdila, da naj bi prenos Wfa predstavljal nadomestilo za naloge, ki jih WestLB opravlja pri zagotavljanju storitev skupnega gospodarskega interesa. Tudi ta posebna določba zato v zadevnem primeru ne velja.

(263) Ker se odstopanja od načela prepovedi državnih pomoči v skladu s členom 87(1) Pogodbe ES ne uporabljajo, se zadevna pomoč ne more šteti za skladno s Pogodbo.

VII. **ZAKLJUČEK**

(264) Komisija ugotavlja, da je Nemčija odobrila zadevni ukrep pomoči na nezakonit način in ob kršitvi člena 88(3) Pogodbe ES. Ta pomoč je potemtakem nezakonita.

(265) Pomoč se ne more obravnavati kot skladna niti po členu 87 (2) ali (3) niti po kateri koli drugi določbi Pogodbe ES.

([1]) To poročilo je bilo predloženo Ekonomsko-finančnemu svetu dne 23. novembra 1998, vendar ni bilo objavljeno. Na voljo je pri Generalnemu direktoratu za konkurenco (IV) Komisije, kot tudi na spletni strani Komisije.

V skladu s tem se pomoč spozna za neskladno s skupnim trgom, se mora odpraviti, element pomoči nezakonitega ukrepa pa mora Nemčija zahtevati nazaj –

SPREJELA NASLEDNJO ODLOČBO –

Člen 1

Državna pomoč v višini 978,51 milijonov EUR, ki jo je Nemčija v času od 1. januarja 1992 do 1. avgusta 2002 odobrila v korist Westdeutsche Landesbank – Girozentrale, zdaj WestLB AG, ni skladna s skupnim trgom.

Člen 2

Nemčija sprejme vse potrebne ukrepe, da prejemnica vrne pomoč, navedeno v členu 1 in dano na razpolago nezakonito.

Člen 3

Vračilo se izvede nemudoma in skladno s postopki nacionalne zakonodaje, če omogočajo takojšnjo in učinkovito izvajanje te odločbe.

Znesek, ki se mora vrniti, vključuje obresti, ki se plačajo od datuma, ko je bila nezakonita pomoč prejemnici na razpolago, do dejanskega vračila.

Obresti se izračunajo v skladu z določbami iz poglavja V Uredbe Komisije (ES) št. 794/2004 ([1]).

Člen 4

Nemčija obvesti Komisijo v dveh mesecih po objavi te odločbe z izpolnitvijo vprašalnika, prikazanega v Prilogi, o ukrepih, sprejetih za izvajanje te odločbe.

Člen 5

Ta odločba je naslovljena na Zvezno republiko Nemčijo.

V Bruslju, 20. oktober 2004.

Za Komisijo
Mario MONTI
Član Komisije

([1]) UL L 140, 30.4.2004, str. 1.

PRILOGA

INFORMACIJE O IZVAJANJU ODLOČBE KOMISIJE

1. **Izračun zneska, za katerega se terja vračilo**

1.1. Navedite naslednje podrobnosti o višini zneska nezakonitih pomoči, ki so bile na razpolago upravičencu:

Datum izplačila (°)	Višina pomoči (*)	Valuta	Identiteta upravičenca

(°) Datum, ko je upravičenec dobil na razpolago pomoč ali posamezne obroke pomoči (če ukrep sestavlja več obrokov in nadomestil, uporabite ločene vrstice)
(*) Višina pomoči, ki jo je dobil na razpolago upravičenec (bruto znesek)

Opombe:

1.2. Natančno razložite, kako se izračunajo obresti, ki se morajo plačati za pomoč, za katero se terja vračilo.

2. **Sprejeti ali načrtovani ukrepi za izvršitev vračila pomoči**

2.1. Podrobno opišite, kateri ukrepi so že bili sprejeti in kateri so načrtovani za takojšnjo in učinkovito izvršitev vračila pomoči. Razložite tudi, kateri drugi ukrepi obstajajo v nacionalni zakonodaji za izvršitev vračila pomoči. Navedite pravno podlago za sprejete/načrtovane ukrepe, v kolikor ta obstaja.

2.2. Do katerega datuma se bo izvršilo vračilo pomoči?

3. **Izvršeno vračilo**

3.1. Navedite naslednje podrobnosti o pomočeh, ki jih je upravičenec že povrnil:

Datum (°)	Povrnjen znesek	Valuta	Identiteta upravičenca

(°) Datum povračila pomoči

3.2. Dokažite povračilo zneskov pomoči, podrobno opredeljenih v zgornji tabeli pod točko 3.1.