



2025/906

22.5.2025

DECYZJA KOMISJI (UE) 2025/906

z dnia 22 listopada 2024 r.

w sprawie pomocy państwa SA.48580 (2017/C) wdrożonej przez Niemcy na rzecz WestSpiel

(notyfikowana jako dokument nr C(2025) 8105)

(Jedynie tekst w języku niemieckim jest autentyczny)

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

KOMISJA EUROPEJSKA,

uwzględniając Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w szczególności jego art. 108 ust. 2 akapit pierwszy,

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

po wezwaniu zainteresowanych stron do przedstawienia uwag ⁽¹⁾ i uwzględniając otrzymane odpowiedzi,

a także mając na uwadze, co następuje:

1. PROCEDURA

- (1) W piśmie z dnia 20 czerwca 2017 r. Komisja otrzymała dwie skargi złożone przez stowarzyszenie salonów gier hazardowych (Fachverband Spielhallen e.V., „FSH”) oraz innego skarżącego (razem „skarżący”) dotyczące domniemanej pomocy państwa przyznanej na rzecz spółki Westdeutsche Spielbanken GmbH & Co. KG („WestSpiel”) przez kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia (Nordrhein-Westfalen, „NRW”).
- (2) Skargi zarejestrowano oddzielnie pod numerami spraw SA.48580 i SA.48842. W dniu 16 kwietnia 2018 r. Komisja połączyła te dwie sprawy pod numerem sprawy SA.48580.
- (3) Dnia 2 sierpnia 2018 r. Komisja przekazała Niemcom nieopatrzoną klauzulą poufności wersję skarg i zwróciła się o przekazanie dalszych informacji. Po złożeniu wniosku o przedłużenie terminu na udzielenie odpowiedzi i uzyskaniu takiego przedłużenia pismem z dnia 2 października 2018 r. Niemcy przedstawiły swoje stanowisko w sprawie skarg i odpowiedziały na wezwanie do udzielenia informacji.
- (4) W dniu 6 lutego 2019 r. Komisja zwróciła się do Niemiec o dodatkowe dokumenty, które Niemcy przekazały w dniu 22 lutego 2019 r. W dniu 12 czerwca 2019 r. Komisja przekazała skarżącym nieopatrzoną klauzulą poufności wersję pisma Niemiec z dnia 2 października 2018 r., zwracając się do nich o przedstawienie swoich stanowisk w odniesieniu do argumentów przedstawionych przez Niemcy. W dniu 8 sierpnia 2019 r. skarżący przedstawili swoje stanowiska w odpowiedzi na argumenty Niemiec, podtrzymując swoje skargi.
- (5) W dniu 8 października 2019 r. Komisja zwróciła się do Niemiec o dodatkowe dokumenty, które przekazano w dniu 24 października 2019 r.
- (6) Pismem z dnia 9 października 2019 r. skarżący oficjalnie zwrócili się do Komisji o przyjęcie decyzji w tej sprawie zgodnie z art. 265 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE”).
- (7) Pismem z dnia 9 grudnia 2019 r. Komisja poinformowała Niemcy o podjęciu decyzji o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 108 ust. 2 TFUE („decyzja o wszczęciu postępowania”). W wiadomości e-mail z dnia 15 stycznia 2020 r. Niemcy potwierdziły, że decyzja o wszczęciu postępowania nie zawiera żadnych informacji poufnych.

⁽¹⁾ Dz.U. C 59 z 21.2.2020, s. 14.

- (8) Decyzję Komisji o wszczęciu postępowania opublikowano w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ^(*). Komisja wezwała zainteresowane strony do przedstawienia uwag na temat domniemanej pomocy/domniemanego środka.
- (9) W dniu 27 stycznia 2020 r. Komisja przekazała Niemcom pismo skarżących z dnia 8 sierpnia 2019 r.
- (10) W dniu 2 marca 2020 r. Niemcy przedstawiły uwagi dotyczące decyzji o wszczęciu postępowania oraz uwag skarżących z dnia 8 sierpnia 2019 r. Po konferencji telefonicznej między Komisją a Niemcami w dniu 3 czerwca 2020 r. Niemcy przedstawiły w dniu 17 czerwca 2020 r. dalsze uwagi na piśmie uzasadniające ich stanowisko. W terminie określonym w decyzji o wszczęciu postępowania nie przedstawiono żadnych uwag osób trzecich.
- (11) Skarżący przedstawili uwagi w dniu 6 sierpnia 2020 r., a Niemcy przekazały uwagi dotyczące tych uwag w dniu 1 października 2020 r.
- (12) W dniu 18 grudnia 2020 r. Niemcy przedłożyły Komisji zaktualizowane informacje dotyczące prywatyzacji spółki WestSpiel. Dnia 2 lutego 2021 r. Niemcy przedłożyły dodatkowe aktualizacje dotyczące tego samego procesu prywatyzacji. W dniu 10 lutego 2021 r. Niemcy przedłożyły Komisji orientacyjny harmonogram przedstawiający planowane działania mające na celu sfinalizowanie procesu prywatyzacji spółki WestSpiel.
- (13) W dniu 11 lutego 2021 r. Komisja przesłała wezwanie do udzielenia informacji, na które Niemcy odpowiedziały w dniach 25 i 26 lutego 2021 r.
- (14) W dniu 16 marca 2021 r. spółka WestSpiel przedstawiła uwagi w sprawie i aktualne informacje na temat procesu sprzedaży spółki WestSpiel. W dniu 24 marca 2021 r. Komisja przeprowadziła rozmowę telefoniczną z Niemcami.
- (15) W dniach 20 lipca i 8 września 2021 r. Niemcy przekazały Komisji dodatkowe informacje.
- (16) W dniu 14 marca 2022 r. Komisja przesłała dodatkowe wezwanie do udzielenia informacji, na które Niemcy odpowiedziały w dniu 4 kwietnia 2022 r. W dniu 11 lipca 2022 r. Komisja przesłała kolejne wezwanie do udzielenia informacji, na które Niemcy odpowiedziały w dniu 18 lipca 2022 r.
- (17) W dniu 12 maja 2023 r. Komisja przesłała dodatkowe wezwanie do udzielenia informacji, na które Niemcy odpowiedziały w dniu 14 lipca 2023 r.

2. SZCZEGÓŁOWY OPIS ŚRODKÓW POMOCY

2.1. Kontekst prawny w momencie przyznania domniemanych środków

- (18) Przedmiotem niniejszej sprawy jest wsparcie finansowe, które spółka WestSpiel otrzymała od państwa w latach 2009–2015 w ramach środków opisanych poniżej w sekcji 2.3.
- (19) W momencie przyznania domniemanych środków, tj. w latach 2009–2015 w przypadku corocznego pokrywania strat oraz w 2015 r. w przypadku zastrzyku kapitałowego, w niemieckim systemie prawnym obowiązywało rozróżnienie między dwoma rodzajami gier losowych.
- (20) Z jednej strony niektóre automaty do gier mogły być swobodnie oferowane przez specjalne salony gier hazardowych lub przez restauracje pod warunkiem przestrzegania rozporządzenia w sprawie gier (Spielverordnung). Zgodnie z regionalnymi przepisami dotyczącymi salonów gier hazardowych (*Spielhallengesetze der Bundesländer*) do prowadzenia komercyjnych (prywatnych) salonów gier hazardowych (*gewerbliche Spielhallen*) niezbędne było zezwolenie.

^(*) Decyzja Komisji z dnia 9 grudnia 2019 r. w sprawie pomocy państwa SA.48580 (2017/FC) – Domniemana pomoc na rzecz WestSpiel (Dz.U. C 59 z 21.2.2020, s. 14).

- (21) Z drugiej strony gry na żywo lub gry w kasynach (blackjack, ruletka itp.) (tj. tzw. *großes Spiel*) i inne gry na automatach były uważane za zbyt ryzykowne i oferowanie takich gier było co do zasady zakazane. Na zasadzie odstępstwa od tej zasady niemieckie kraje związkowe były uprawnione do wydawania zezwoleń niektórym (głównie publicznym) operatorom (*Spielbankunternehmen*) na oferowanie takich gier w drodze zezwoleń udzielanych na szczeblu regionalnym na podstawie warunków określonych w odpowiednich ustawach o grach hazardowych (*Spielbankgesetze*).
- (22) Cele ustawy SpielbG NRW ⁽³⁾ zostały określone w § 1 ustawy SpielbG NRW. W szczególności celem regulacji było zapobieganie uzależnieniu od gier losowych i zakładów, skanalizowanie naturalnej skłonności społeczeństwa do hazardu w uporządkowany i kontrolowany sposób, zapewnienie ochrony graczy i młodzieży oraz zapewnienie prawidłowego działania operatorów oraz uporządkowanego i przejrzystego funkcjonowania gier losowych.
- (23) Zgodnie z § 2 ust. 2 ustawy SpielbG NRW zezwolenie w kraju związkowym NRW mogło uzyskać maksymalnie pięć publicznych kasyn. W przeciwieństwie do sytuacji w innych krajach związkowych w ustawie SpielbG NRW nie przewidziano możliwości udzielania zezwoleń również podmiotom prywatnym przed sprzedażą spółki WestSpiel. W świetle wymogów określonych w § 2 ust. 1 i § 3 ust. 1 ustawy SpielbG NRW spółka WestSpiel była *de facto* jedynym posiadaczem zezwolenia na prowadzenie kasyn w kraju związkowym NRW i w 2019 r. prowadziła cztery kasyna: w Akwizgranie, Bad Oeynhausen, Dortmundzie (Hohensyburg) i Duisburgu. Od 1975 r. spółka WestSpiel posiadała tzw. „zezwoleń ramowe”.

2.2. Beneficjent

- (24) Spółka WestSpiel była operatorem kasyn prowadzącym działalność w kraju związkowym NRW. Do momentu połączenia spółki WestSpiel ze spółką z ograniczoną odpowiedzialnością Westdeutsche Spielbanken GmbH („WestSpiel GmbH”) ⁽⁴⁾ w dniu 13 stycznia 2021 r. (jak wskazano w motywie 29), NRW.BANK był jedynym komandytariuszem (*Kommanditistin*) spółki WestSpiel, natomiast spółka WestSpiel GmbH pełniła funkcję komplementariusza (*Komplementärin*) tejże spółki.
- (25) W dniu 26 listopada 2015 r. kraj związkowy NRW i NRW.BANK zawarły umowę powierniczą („umowa powiernicza”), zgodnie z którą:
- kraj związkowy NRW zobowiązał się, w następstwie zawarcia umowy cichej spółki między NRW.BANK a spółką WestSpiel, do przekazania NRW.BANK kwoty 64,8 mln EUR, oraz
 - NRW.BANK zobowiązał się do przyjęcia takich funduszy powierniczych, wykorzystania ich wyłącznie w celu ustanowienia, we własnym imieniu, ale na rachunek kraju związkowego NRW, cichej spółki ze spółką WestSpiel na podstawie § 230 i nast. niemieckiego kodeksu handlowego (*Handelsgesetzbuch*, HGB) zgodnie z umową cichej spółki, i w ramach tej transakcji do wniesienia wkładu w wysokości 64,8 mln EUR („cichy wkład”) na rzecz spółki WestSpiel.
- (26) W dniu 1 grudnia 2015 r. zawarto umowę cichej spółki między NRW.BANK a spółką WestSpiel. Zawierała ona zobowiązanie NRW.BANK do udostępnienia spółce WestSpiel cichego wkładu w wysokości 64,8 mln EUR po wpływie środków do NRW.BANK jako powiernika. Po zawarciu umowy cichej spółki między NRW.BANK a spółką WestSpiel oraz po otrzymaniu przez NRW.BANK funduszy NRW.BANK wniósł do spółki WestSpiel wkład w wysokości 64,8 mln EUR. Taki cichy wkład w wysokości 64,8 mln EUR (który miał zostać zaksięgowany na odrębnym rachunku cichych wkładów) został wykazany w kapitale własnym spółki WestSpiel obok wkładu NRW.BANK jako komandytariusza spółki WestSpiel.

⁽³⁾ W kraju związkowym NRW działalność hazardowa oferowana w kasynach podlega ustawie NRW o grach hazardowych (*Gesetz über die Zulassung öffentlicher Spielbanken im Land Nordrhein-Westfalen*, *Spielbankgesetz NRW*, „ustawa SpielbG NRW”). Po przyznaniu środków ustawa SpielbG NRW została zmieniona § 35 ust. 2 ustawy z dnia 29 maja 2020 r.; GV. NRW. Ausgabe 2020 Nr. 19 vom 2.6.2020 Seite 357 bis 380 | RECHT.NRW.DE.

⁽⁴⁾ Spółka WestSpiel GmbH nie wniosła żadnego wkładu do kapitału spółki WestSpiel, a zatem nie posiadała żadnego udziału w kapitale. Jako komplementariusz (bez wkładu kapitałowego) spółka WestSpiel GmbH była odpowiedzialna za zarządzanie działalnością spółki WestSpiel. Ponadto spółka WestSpiel GmbH była komplementariuszem Casino Duisburg GmbH & Co. KG – dawniej spółki zależnej WestSpiel, w której spółka WestSpiel posiadała 100 % udziałów, bez udziału kapitałowego – i jako taka była również odpowiedzialna za zarządzanie działalnością Casino Duisburg GmbH & Co. KG. Spółka WestSpiel GmbH nie prowadziła żadnej działalności operacyjnej.

- (27) W dniu 4 stycznia 2021 r. NRW.BANK, spółka WestSpiel oraz – w związku z połączeniem spółki WestSpiel i spółki WestSpiel GmbH – spółka WestSpiel GmbH zawarły umowę o rozwiązaniu, na mocy której cicha spółka NRW.BANK i WestSpiel została rozwiązana ze skutkiem od dnia 8 stycznia 2021 r.. Następnie przeprowadzono jej likwidację. Pozostały cichy wkład (po uwzględnieniu udziału w stratach) w wysokości około 46,5 mln EUR (dokładnie 46 516 909,42 EUR) został zwrócony krajowi związkowemu NRW.
- (28) Spółka WestSpiel zachowała formę prawną spółki komandytowej (*Kommanditgesellschaft*) do dnia 13 stycznia 2021 r. Jedynym komandytariuszem spółki WestSpiel był NRW.BANK, a współnikiem odpowiedzialnym osobiście lub komplementariuszem była spółka WestSpiel GmbH, jak opisano powyżej. NRW.BANK, będący wyłączną własnością kraju związkowego NRW, był również jedynym udziałowcem spółki WestSpiel GmbH. Po dniu 13 stycznia 2021 r., z udziałem kapitałowym w wysokości 35,5 mln EUR, co odpowiadało wkładowi zobowiązującemu (*Hafteinlage*), NRW.BANK posiadał 100 % udziałów w spółce WestSpiel (§ 3 umowy spółki WestSpiel z dnia 1 grudnia 2007 r., w najnowszej wersji).



- (29) W ramach szerszej reorganizacji grupy WestSpiel, którą przeprowadzono w szczególności w celu wsparcia i ułatwienia (planowanej) sprzedaży grupy, w dniu 22 grudnia 2020 r. spółki WestSpiel GmbH i WestSpiel zawarły notarialną umowę o połączeniu, na mocy której – na podstawie sprawozdań finansowych spółki WestSpiel na dzień 31 grudnia 2019 r. – spółka WestSpiel przeniosła całość swoich aktywów na WestSpiel GmbH ze skutkiem od dnia 1 stycznia 2020 r. zgodnie z niemieckim prawem spółek. Po zarejestrowaniu takiego połączenia we właściwym rejestrze handlowym w dniu 13 stycznia 2021 r. połączenie stało się prawnie skuteczne, w wyniku czego WestSpiel GmbH stała się następcą prawnym spółki WestSpiel.
- (30) We wrześniu 2021 r. w wyniku procedury przetargowej⁽⁵⁾ spółka WestSpiel została sprzedana grupie Gauselmann⁽⁶⁾ (⁽⁷⁾). Zgodnie z publicznie dostępnymi informacjami⁽⁸⁾ po sprzedaży działalność spółki WestSpiel w czterech kasynach w Akwizgranie, Bad Oeynhausen, Dortmundzie (Hohensyburg) i Duisburgu jest obecnie prowadzona pod nazwą „Merkur Spielbanken NRW GmbH”⁽⁹⁾.

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

⁽⁶⁾ Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Niemcy w dniu 4 kwietnia 2022 r. sprzedaż spółki WestSpiel odbyła się poprzez sprzedaż udziałów, a nie sprzedaż aktywów. Udziały w spółce WestSpiel sprzedano grupie Gauselmann za cenę 141,8 mln EUR. Niemcy wyjaśniły ponadto, że umowa sprzedaży udziałów przewiduje potencjalne (przyszłe) obniżenie ceny zakupu o kwotę odzyskanej pomocy państwa, do maksymalnej kwoty 30 mln EUR, która ma zostać zapłacona na rzecz WestSpiel w przypadku prawnie wiążącego odzyskania pomocy państwa. Warunki te zostały ogłoszone z wyprzedzeniem i przedstawione wszystkim oferentom zainteresowanym nabyciem udziałów w spółce WestSpiel.

⁽⁷⁾ Termin „WestSpiel” zdefiniowany w motywie 1 powyżej odnosi się również do podmiotu połączonego, a następnie sprzedanego.

⁽⁸⁾ <https://www.waz.de/wirtschaft/kauselmann-gruppe-uebernimmt-westspiel-casinos-in-nrw-id232845809.html>.

⁽⁹⁾ Zob. dane podmiotu we właściwym rejestrze handlowym (Registerportal | Homepage).

- (31) W odpowiedzi z dnia 4 kwietnia 2022 r. Niemcy wyjaśniły, że osobowość prawna spółki WestSpiel nie zmieniła się po jej sprzedaży: działalność spółki będzie kontynuowana na własny rachunek w ramach tego samego podmiotu prawnego. Zmieniono jedynie nazwę spółki na „Merkur Spielbanken NRW GmbH”, przy czym numer w rejestrze handlowym (Duisburg HRB 19356) pozostał niezmieniony.
- (32) Kontekst sytuacji podatkowej i regulacyjnej spółki WestSpiel – w chwili przyznania domniemanych środków – ma szczególne znaczenie w niniejszej sprawie⁽¹⁰⁾. Spółka WestSpiel podlegała zwykłemu niemieckiemu systemowi podatkowemu (podatek dochodowy od osób prawnych, podatek od działalności gospodarczej) w odniesieniu do dochodów uzyskanych z działalności niezwiązanej z grami hazardowymi (np. restauracje). Jeżeli chodzi o działalność hazardową, spółka WestSpiel była objęta specjalnym systemem podatkowym (§ 12 i § 13 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu))⁽¹¹⁾. Podatki pobierane były głównie od przychodów z gier brutto, a nie od zysków. Spółka WestSpiel była objęta 30 % opodatkowaniem przychodu z gier brutto swoich kasyn (zwiększonym o kolejne 10 punktów procentowych w przypadku rocznego przychodu z gier brutto przekraczającego 15 mln EUR na kasyno), zgodnie z § 12 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu). Spółka WestSpiel podlegała dodatkowemu opodatkowaniu przychodu z gier brutto w wysokości 15 %, określonym jako „dodatkowe świadczenia” (*Zusätzliche Leistungen*), na podstawie § 13 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu). Zgodnie z § 12 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu) pobierany podatek miał na celu finansowanie działalności w interesie ogólnym.
- (33) Oprócz tych podatków od przychodu z gier brutto § 14 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu) nakładał na spółkę WestSpiel obowiązek odprowadzania 75 % (a w pewnych przypadkach większego odsetka) swoich zysków na rzecz kraju związkowego NRW w ramach mechanizmu odprowadzania zysków. W przeciwieństwie do opodatkowania przychodów z gier brutto na podstawie § 12 i § 13 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu) mechanizm odprowadzania zysków miał zastosowanie do całej działalności spółki (tj. nie ograniczał się do zysków uzyskanych z działalności w zakresie gier hazardowych). W szczególności miał zastosowanie do sprzedaży dzieł sztuki w 2014 r.

2.3. Domniemane środki

- (34) Według skarżących spółka WestSpiel otrzymała pomoc państwa niezgodną z prawem i z rynkiem wewnętrznym w ramach następujących trzech środków:
- a) domniemanego corocznego pokrywania strat przez udziałowca NRW.BANK od 2009 r.;
 - b) domniemanego udzielenia zezwolenia na prowadzenie piątego kasyna w Kolonii;
 - c) domniemanego zastrzyku kapitałowego w wysokości 64,8 mln EUR w 2015 r.
- (35) W decyzji o wszczęciu postępowania Komisja wszczęła formalne postępowanie jedynie w sprawie środków a) i c) powyżej. Komisja podjęła decyzję o braku zastrzeżeń w odniesieniu do środka b) powyżej ze względu na fakt, że domniemane udzielenie spółce WestSpiel zezwolenia na prowadzenie piątego kasyna w Kolonii nie stanowiło pomocy (zob. motyw 97 i wniosek zawarte w decyzji o wszczęciu postępowania). W związku z tym środek ten nie wchodzi w zakres niniejszej decyzji, która będzie dotyczyć wyłącznie środków określonych w lit. a) i c) powyżej.

2.3.1. Coroczne pokrywanie strat

- (36) Skarżący twierdzą, że spółka WestSpiel otrzymywała płatności z tytułu corocznego pokrywania strat od swojego jedyne go komandytariusza NRW.BANK w latach 2009–2015.

⁽¹⁰⁾ Kwestia tego, czy zróżnicowane traktowanie pod względem podatkowym spółki WestSpiel stanowi samo w sobie niezgodną z prawem pomoc państwa, jest przedmiotem decyzji Komisji C(2019) 8819 final z dnia 9 grudnia 2019 r. w sprawie pomocy państwa SA.44944 (2019/C) (ex 2019/FC) i SA.53552 (2019/C) (ex 2019/FC) – Traktowanie podatkowe operatorów publicznych kasyn w Niemczech i domniemana gwarancja dla operatorów publicznych kasyn w Niemczech (Dz.U. C 187 z 5.6.2020, s. 80). Od decyzji wniesiono odwołanie w sprawie T-510/20, Sąd oddalił odwołanie postanowieniem z dnia 22 października 2021 r., Fachverband Spielhallen i LM/Komisja, T-510/20, ECLI:EU:T:2021:745. Postanowienie Sądu zostało zaskarżone w sprawie C-831/21 P.

⁽¹¹⁾ Chodzi o wersję ustawy SpielbG NRW z dnia 13 listopada 2012 r. (GV. NRW. S. 524, 530; SpielbG NRW 2012,NW - Spielbankengesetz NRW - Gesetze des Bundes und der Länder (lexsoft.de)) przed zmianą na mocy § 35 ust. 2 ustawy z dnia 29 maja 2020 r.

- (37) Chociaż w latach 2005–2008 spółka WestSpiel nadal przynosiła zyski, to w kolejnych latach nie udało się jej już tego osiągnąć. Ogólnie rzecz biorąc, w latach 2009–2015 spółka WestSpiel osiągnęła roczne przychody z gier brutto w wysokości około 79,6–101,1 mln EUR. W latach 2009–2013 oraz w 2015 r., w następstwie opodatkowania przychodów z gier brutto na podstawie § 12 i §13 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu), spółka WestSpiel wygenerowała ogólne straty wynoszące od ok. 3,5–9 mln EUR ⁽¹²⁾. Natomiast sprzedaż dwóch dzieł sztuki przez spółkę WestSpiel przyniosła w 2014 r. nadzwyczajne przychody w wysokości około 114,4 mln EUR, w związku z czym spółka WestSpiel osiągnęła w tym roku łączny zysk w wysokości około 86,4 mln EUR.
- (38) Roczne wyniki spółki WestSpiel (tj. pozostałe zyski po zastosowaniu mechanizmu odprowadzania zysków w 2014 r. oraz straty we wszystkich pozostałych latach w okresie 2009–2015) zaksięgowano jako uznanie/obciążenie na rachunku kapitałowym NRW.BANK. W rezultacie rachunek kapitałowy NRW.BANK w odniesieniu do jego jedynego ograniczonego udziału w spółce WestSpiel wyceniono na około 27,6 mln EUR w 2009 r., ale jedynie na 12,5 mln EUR w 2015 r. ⁽¹³⁾.
- (39) Skarżący uważają, że w latach 2009–2015 spółka WestSpiel otrzymała rekompensatę za straty w wysokości około 63,6 mln EUR, o czym świadczą jej sprawozdania roczne.
- (40) W piśmie z dnia 8 sierpnia 2019 r. skarżący przyjmują stanowisko, że ze względu na strukturę korporacyjną spółki WestSpiel NRW.BANK (jako jedyny komandytariusz spółki WestSpiel) poniósł straty w wysokości około 24,8 mln EUR w latach 2009–2017, natomiast kraj związkowy NRW (jako powiernik cichego udziału NRW.BANK w spółce WestSpiel, w następstwie zawarcia umowy powierniczej i umowy cichej spółki w 2015 r., jak opisano szczegółowo w sekcji 2.3.2 poniżej), poniósł w tym samym okresie straty w wysokości około 9,1 mln EUR. W tym kontekście skarżący wskazują, że spółka WestSpiel była przedsiębiorstwem publicznym zgodnie z dyrektywą Komisji 2006/111/WE ⁽¹⁴⁾ oraz że wykorzystanie zasobów udostępnionych jej (tj. jej kapitału), ale stale kontrolowanych przez państwo, kwalifikowałoby się jako wykorzystanie zasobów państwowych.
- (41) Ponadto skarżący uważają, że w przypadku braku zastrzyku kapitałowego w wysokości 64,8 mln EUR spółka WestSpiel najprawdopodobniej nie byłaby w stanie pokryć własnych strat w ostatnich latach, co oznacza, że ostrożny inwestor prywatny nie ponosiłby nadal rocznych strat generowanych przez spółkę WestSpiel (jak miało to miejsce w przypadku kraju związkowego NRW i NRW.BANK). Ponadto według skarżących twierdzenie Niemiec, zgodnie z którym ujemne roczne wyniki spółki WestSpiel wynikały głównie z wysokiego obciążenia podatkowego, jest błędne. W szczególności skarżący szacują, że obciążenie podatkowe spółki WestSpiel stale malało na przestrzeni lat, podczas gdy wskaźniki kosztów przed opodatkowaniem wzrosły w okresie objętym przeglądem w latach 2005–2015. Zatem zdaniem skarżących straty spółki WestSpiel nie były i nie są spowodowane wysokim obciążeniem podatkowym, lecz wynikają z niezwykle wysokich wskaźników kosztów. Ponadto kwoty pokryte z (częściowej) likwidacji funduszu ryzyka (zob. przypis 12) nie mogły zostać odliczone od strat spółki WestSpiel (jak twierdzą Niemcy), ponieważ nie było jasne, jakie ryzyko miało zostać pokryte przez ten fundusz.
- (42) Według skarżących coroczne pokrywanie strat przez NRW.BANK było finansowane z zasobów państwowych i można było je przypisać państwu, biorąc pod uwagę, że NRW.BANK należał wyłącznie do kraju związkowego NRW, a członkowie rządu byli członkami jego zarządu i byli zaangażowani w decyzje o przyznawaniu corocznych rekompensat strat. Skarżący uważają, że zgodnie z orzecznictwem nie było konieczne ustalenie w każdym przypadku, że miało miejsce przekazanie zasobów państwowych. Aby przedmiotowy środek wchodził w zakres stosowania art. 107 ust. 1 TFUE, wystarczyło, aby zasoby zostały udostępnione przedsiębiorstwu publicznemu.

⁽¹²⁾ Przedstawione dane liczbowe nie obejmują rekompensat strat, które pokryto w wyniku (częściowej) likwidacji funduszu ryzyka spółki WestSpiel, utworzonego w celu zabezpieczenia nieubezpieczalnych ogólnych i szczególnych ryzyk związanych z hazardem. Podstawą utworzenia funduszu jest zezwolenie ramowe Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Spraw Komunalnych Nadrenii Północnej-Westfalii na prowadzenie kasyn w kraju związkowym NRW oraz umowa spółki WestSpiel. Zgodnie z umową spółki WestSpiel musiała sama utworzyć fundusz ryzyka. W bilansie fundusz ryzyka jest specjalną pozycją po stronie pasywów między kapitałem własnym a rezerwami.

⁽¹³⁾ Przedstawione dane liczbowe obejmują rekompensaty strat, które pokryto w wyniku (częściowej) likwidacji funduszu ryzyka, a także obciążenie stratami cichego udziału NRW.BANK w 2015 r.

⁽¹⁴⁾ Dyrektywa Komisji 2006/111/WE z dnia 16 listopada 2006 r. w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, a także w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw (Dz.U. L 318 z 17.11.2006, s. 17, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/111/oj>).

- (43) Ponieważ NRW.BANK pokrywał straty tylko spółki WestSpiel, a nie innych przedsiębiorstw, skarżący uważają, że coroczne pokrywanie strat przyniosło spółce WestSpiel selektywną korzyść. W odniesieniu do 2014 r. skarżący uważają, że należy pominąć nadzwyczajne przychody uzyskane ze sprzedaży dzieł sztuki, ponieważ bez sprzedaży spółka WestSpiel poniosłaby w tamtym roku stratę z działalności operacyjnej w wysokości około 21 mln EUR. Ogółem skarżący uważają, że biorąc pod uwagę wskaźnik kosztów przed opodatkowaniem, trudna sytuacja finansowa spółki WestSpiel nie mogła być uzasadniona rzekomo wysokim obciążeniem podatkowym. W tym kontekście coroczne pokrywanie strat przez NRW.BANK nie odpowiadało zachowaniu hipotetycznego prywatnego inwestora. Ponadto skarżący uważają, że ze względu na konkurencję między publicznymi kasynami a prywatnymi operatorami salonów gier hazardowych środek zakłócał konkurencję lub groził jej zakłóceniem i wpływał na wymianę handlową między państwami członkowskimi.
- (44) Ponadto według skarżących środek nie był zgodny z rynkiem wewnętrznym. W szczególności spółka WestSpiel kwalifikowałaby się jako przedsiębiorstwo znajdujące się w trudnej sytuacji w rozumieniu wytycznych Komisji dotyczących pomocy państwa na ratowanie i restrukturyzację przedsiębiorstw niefinansowych znajdujących się w trudnej sytuacji („wytyczne R&R”) ⁽¹⁵⁾, natomiast środek nie spełniałby wymogów określonych w wytycznych R&R.

2.3.2. Domniemany zastrzyk kapitałowy w 2015 r.

- (45) Skarżący twierdzą również, że spółka WestSpiel otrzymała w 2015 r. zastrzyk kapitałowy w wysokości 64,8 mln EUR od NRW.BANK.
- (46) Według skarżących spółka WestSpiel generowała straty w latach przed 2014 r. i po tym roku, ale w 2014 r. osiągnęła zyski w wysokości około 86,4 mln EUR. Zyski te nie pochodziły jednak z działalności operacyjnej spółki WestSpiel, lecz ze sprzedaży dwóch dzieł sztuki. W rezultacie mechanizm odprowadzania zysków przewidziany w § 14 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu) doprowadził do wypłaty zysków w wysokości około 82 mln EUR na rzecz kraju związkowego NRW w 2014 r.
- (47) W 2015 r. część odprowadzonych zysków, tj. 64,8 mln EUR ponownie wniesiono do spółki WestSpiel w następujący sposób: kraj związkowy NRW i NRW.BANK zawarły umowę powierniczą, na mocy której NRW.BANK stał się powiernikiem cichego wkładu kraju związkowego NRW w kapitał zakładowy spółki WestSpiel. Ten cichy wkład w wysokości 64,8 mln EUR dodano do kapitału zakładowego wniesionego przez NRW.BANK.
- (48) Umowa powiernicza między krajem związkowym NRW a NRW.BANK, zawarta w dniu 26 listopada 2015 r., zawierała zobowiązanie kraju związkowego NRW do przekazania NRW.BANK kwoty nominalnej 64,8 mln EUR nie później niż dziesięć (10) dni roboczych po podpisaniu umowy powierniczej, ale nie przed podpisaniem umowy cichej spółki między NRW.BANK a WestSpiel. Niemcy potwierdziły, że NRW.BANK otrzymał płatność w dniu 10 grudnia 2015 r.
- (49) Umowa cichej spółki między NRW.BANK a spółką WestSpiel, zawarta w dniu 1 grudnia 2015 r., zawierała zobowiązanie NRW.BANK do wniesienia wkładu w wysokości 64,8 mln EUR nie później niż pięć (5) dni roboczych po wpłynięciu wkładu do NRW.BANK jako powiernika. Niemcy potwierdziły, że spółka WestSpiel otrzymała płatność w dniu 15 grudnia 2015 r.

⁽¹⁵⁾ Komunikat Komisji – Wytyczne dotyczące pomocy państwa na ratowanie i restrukturyzację przedsiębiorstw niefinansowych znajdujących się w trudnej sytuacji (Dz.U. C 249 z 31.7.2014, s. 1).

- (50) Skarżący uważają, że zastrzyk kapitałowy dokonany w 2015 r. stanowił pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. W szczególności skarżący twierdzą, że zastrzyk kapitałowy w wysokości 64,8 mln EUR zapewnił spółce WestSpiel nowy kapitał, czego nie uczyniłby prywatny inwestor. Wynikało to ze sprawozdania rocznego spółki WestSpiel za 2015 r., w którym odniesiono się do badania „Independent Business Review” z dnia 29 kwietnia 2015 r. przeprowadzonego przez [uznaną firmę audytorską] (*) („sprawozdanie [IBR]”), w którym stwierdzono, że biznesplan spółki WestSpiel „nie był nierealistyczny, lecz w części trudny do realizacji lub ambitny” oraz że plan zarządzania „nie był scenariuszem nierealistycznym, ale wiązał się ze znacznym ryzykiem” ⁽¹⁶⁾. Według skarżących zastrzyku kapitałowego dokonano bez uprzedniej analizy, czy zwrot z tej inwestycji byłby zgodny ze średnim zwrotem z gier hazardowych na automatach wynoszącym od 10 % do 39 %, średnio 24 %.
- (51) Ponadto wniesiony dodatkowy kapitał przewidziano na utworzenie piątego kasyna w Kolonii, natomiast skarżący twierdzą, że kraj związkowy NRW nie przeprowadził żadnej właściwej analizy oczekiwanych zysków, które miały zostać wygenerowane przez piąte kasyno. Z tych powodów zastrzyk kapitałowy był w oczywisty sposób niezgodny z testem prywatnego inwestora i zapewniał spółce WestSpiel selektywną korzyść.
- (52) W odniesieniu do „ogólnej koncepcji zabezpieczenia przyszłości spółki WestSpiel”, jak twierdzą Niemcy, obejmującej sprzedaż dzieł sztuki i zastrzyk zysków wygenerowanych ze sprzedaży, lecz odprowadzonych ze spółki za pośrednictwem mechanizmu odprowadzania zysków, skarżący uważają, że kwalifikacja przez Niemcy mechanizmu odprowadzania zysków na podstawie § 14 ustawy SpielbG NRW była sprzeczna ze stanowiskiem Niemiec w sprawie SA.44944 ⁽¹⁷⁾. Podczas gdy według skarżących w przedmiotowej sprawie Niemcy przedstawiły odprowadzenie zysków jako normalny podział zysków zgodnie z przepisami HGB, w sprawie SA.44944 Niemcy argumentowały, że odprowadzanie zysków zgodnie z § 14 ustawy SpielbG NRW stanowi podatek w rozumieniu § 3 ust.1 niemieckiej ordynacji podatkowej (Abgabenordnung).
- (53) Zdaniem skarżących w żadnym wypadku – ani w perspektywie krótkoterminowej, ani w perspektywie długoterminowej – zastrzyk kapitałowy dokonany w 2015 r. nie był zgodny z testem prywatnego inwestora. Skarżący twierdzą, że w perspektywie krótkoterminowej Niemcy nie przeprowadziły żadnej oceny *ex ante* rentowności zastrzyku kapitałowego, czego wymaga stosowne orzecznictwo. W szczególności według skarżących Niemcy powinny były porównać prognozowaną sytuację finansową spółki WestSpiel przy uwzględnieniu zastrzyku kapitałowego i bez jego uwzględnienia. W perspektywie długoterminowej, biorąc pod uwagę przyszłe dochody podatkowe państwa uzyskane z podatków pobieranych na podstawie § 12, § 13 i § 14 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu), Niemcy nie zdołały odróżnić roli państwa jako organu podatkowego od jego roli jako podmiotu gospodarczego (tj. jako współnika w spółce WestSpiel).

2.4. Podstawy wszczęcia postępowania

- (54) W dniu 9 grudnia 2019 r. Komisja podjęła decyzję o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego dotyczącego domniemanego corocznego pokrywania strat w latach 2009–2015 oraz domniemanego zastrzyku kapitałowego w 2015 r.

2.4.1. Domniemane coroczne pokrywanie strat

- (55) W motywach 62 i 63 decyzji o wszczęciu postępowania Komisja stwierdziła, że nie można wykluczyć korzyści, ponieważ nie było jasne, czy udziałowcy spółki WestSpiel, NRW.BANK i kraj związkowy NRW, faktycznie ponieśli (część) strat spółki WestSpiel lub czy zdecydowali o tym, czy kapitał wymagany do pokrycia strat zostanie udostępniony, czy nie, czy też jedno i drugie.

(*) Informacje poufne.

⁽¹⁶⁾ Zob. s. 10 sprawozdania [IBR].

⁽¹⁷⁾ Zob. decyzja C(2019) 8819 final, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202023/283549_2161703_113_2.pdf.

- (56) Ponadto w motywie 64 decyzji o wszczęciu postępowania Komisja wskazała, że sam fakt, iż NRW.BANK zaakceptował dalsze straty spółki WestSpiel pomimo powtarzających się strat w poprzednich latach bez przeprowadzenia oceny *ex ante*, czy utrzymać swój udział w spółce WestSpiel czy też nie lub zlikwidować go w celu utrzymania jeszcze nieutraconej części kapitału, mógł sam stanowić nienależną korzyść, ponieważ można było założyć, że inwestor prywatny w porównywalnych okolicznościach nie postąpiłby w ten sposób.
- (57) W tym kontekście Komisja uznała w motywie 65 decyzji o wszczęciu postępowania, że aby ocenić wpływ tych operacji na pomoc państwa, należy wyjaśnić strukturę prawną i strukturę korporacyjną spółki WestSpiel, a także poszczególne instrumenty prawne, za pomocą których udziałowcy zapewniali kapitał własny.

2.4.2. *Domniemany zastrzyk kapitałowy w 2015 r.*

- (58) W motywach 79–84 decyzji o wszczęciu postępowania Komisja uznała, że wydaje się, iż mechanizm odprowadzania zysków wydaje się być podatkiem specjalnym od dochodów operatora publicznych kasyn w kraju związkowym NRW, tj. spółki WestSpiel.
- (59) Komisja zauważyła, że w przypadku sprawy SA.44944 Niemcy nie mogli twierdzić, że publiczne kasyna były (potencjalnie) narażone na niekorzystny system podatkowy (a zatem brak korzyści podatkowych dla WestSpiel), a w niniejszej sprawie SA.48580 twierdzić, że mechanizm odprowadzania zysków polegał na dystrybucji zysków między udziałowców (a zatem brak opodatkowania), w ramach której część rozdysponowanych zysków była po prostu wniesiona do spółki WestSpiel.
- (60) W motywie 83 decyzji o wszczęciu postępowania Komisja stwierdziła, że w tym kontekście nie wydaje się, że mechanizm odprowadzania zysków zgodnie z § 14 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu) polega jedynie na automatycznym rozdysponowaniu zysków ze spółki WestSpiel na rzecz jej udziałowca, z czego NRW.BANK mógł zrezygnować. Zastrzyk kapitałowy dokonany w 2015 r. miał inny charakter niż mechanizm odprowadzania zysków. Rozpatrując go jako samodzielny środek i w oparciu o test prywatnego inwestora wydaje się, że przyniósł on korzyść spółce WestSpiel.

3. **UWAGI ZAINTERESOWANYCH STRON**

- (61) Komisja nie otrzymała żadnych uwag od zainteresowanych stron w terminie określonym w decyzji o wszczęciu postępowania.

4. **UWAGI NIEMIEC**

- (62) Według Niemiec żaden z domniemanych środków pomocy nie wiązał się z pomocą państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.

4.1. **Domniemane coroczne pokrywanie strat**

- (63) W odniesieniu do domniemanego corocznego pokrywania strat Niemcy twierdzą zasadniczo, że spółka WestSpiel nigdy nie otrzymała bezpośredniej ani pośredniej rekompensaty za swoje straty od NRW.BANK, lecz jedynie wykorzystała swój kapitał własny (wniesiony w latach 1978 i 2002) w celu zrekompensowania poniesionych strat. Niemcy twierdzą, że domniemany środek nie wiązał się z żadnymi płatnościami ze strony NRW.BANK, a zatem nie wiązał się z pomocą państwa.
- (64) Niemcy wyjaśniają, że zgodnie z niemieckim prawem spółek udziałowcy muszą wykazać w bilansie obniżony kapitał, jeżeli spółka, w której posiadają udziały, ponosi straty. W tym sensie standardowe zasady rachunkowości obowiązujące w niemieckim prawie spółek, mające zastosowanie do spółek komandytowych⁽¹⁸⁾, przewidywały, że w niniejszej sprawie kapitał zostaje wykorzystany, tj. rachunek kapitałowy spółki zostaje automatycznie obciążony kwotą strat, bez konieczności podejmowania jakiegokolwiek decyzji przez udziałowca.

⁽¹⁸⁾ Zob. § 167 HGB w związku z § 120 HGB (wersja HGB przed zmianą z dnia 1 stycznia 2024 r. na mocy § 34 ust. 4 ustawy z dnia 22 grudnia 2023 r., BGBl. 2023 I Nr. 411) (w dawnym brzmieniu).

- (65) Ponadto Niemcy wskazują, że NRW.BANK nie mógł „decydować, czy kapitał niezbędny do pokrycia strat zostanie udostępniony [spółce WestSpiel]” (motyw 62 decyzji o wszczęciu postępowania). W tym sensie, opierając się na przepisach prawa niemieckiego, Niemcy wyjaśniają, że:
- a) podobnie jak każda spółka handlowa spółka WestSpiel musi sporządzać roczne sprawozdanie finansowe na koniec każdego roku obrotowego (§ 242 i nast. HGB). Roczne sprawozdanie finansowe składa się z bilansu oraz specjalnego rachunku zysków i strat (§ 242 ust. 3 HGB). W tym względzie spółka jest związana prawem. Jeżeli sytuacja finansowa spółki, a w szczególności wykorzystanie kapitału własnego, nie zostaną wykazane w rocznym sprawozdaniu finansowym w prawidłowej wysokości, osoby odpowiedzialne mogą zostać pociągnięte do odpowiedzialności karnej za nadużycia w rachunkowości (§ 331 HGB);
 - b) wbrew twierdzeniom skarżących wspólnik (w odniesieniu do kapitału wniesionego już do spółki) nie mógł zatem jednostronnie „decydować, czy kapitał niezbędny do pokrycia strat zostanie udostępniony, czy też nie” ⁽¹⁹⁾. Udziałowcy nie mieli możliwości podjęcia takiej decyzji, gdyż obniżenie kapitału własnego poprzez rozliczenie z udziałem kapitałowym wspólnika odbywa się na podstawie § 161 ust. 2 HGB w związku z § 120 HGB (w dawnym brzmieniu). Ten ostatni przepis stanowi:
 - (ust. 1) „Na koniec każdego roku obrotowego zyski i straty za dany rok ustala się na podstawie bilansu i oblicza się udział każdego wspólnika w takich zyskach i stratach”,
 - (ust. 2) „Zyski należne wspólnikowi dodaje się do udziału w kapitale wspólnika, a straty przypisane wspólnikowi, jak również wszelkie środki pieniężne wycofane z udziału w kapitale w roku obrotowym są od nich odliczane”;
 - c) w przypadku wykorzystania kapitału własnego nie oznacza to, że komandytariusz wnosi nowe fundusze (lub podejmuje decyzję o wykorzystaniu już wniesionych środków). Oznacza to jedynie, że ze względu na straty i wykorzystanie kapitału własnego wartość udziałów wspólnika ulega zmniejszeniu. W rachunku zysków i strat grupy oznacza to zatem „zaksięgowanie straty netto za rok [...] na koncie kapitałowym NRW.BANK (komandytariusza)”. Jest to jednak czysto techniczna procedura księgowa, tj. obciążenie pozycji bilansowej (rachunku kapitałowego). Nie chodzi tu o „procedurę obciążenia [...] w celu przekazania środków z rachunku NRW.BANK do spółki WestSpiel” ⁽²⁰⁾, ale o fakt, że kapitał własny przekazany spółce w latach ubiegłych uległ zmniejszeniu, co podlega zaksięgowaniu zaksięgowane zgodnie z zasadami rachunkowości;
 - d) zasada ta, która zasadniczo obowiązuje w odniesieniu do wszystkich spółek handlowych w Unii i której znaczna część została zharmonizowana i doprecyzowana w prawie wtórnym Unii, służy ochronie wierzycieli. W związku z tym wszelkie poniesione straty muszą zostać pokryte z kapitału własnego;
 - e) wspólnik nie może obejść tego mechanizmu. W związku z tym wspólnicy nie mają swobody decydowania o wykorzystaniu kapitału własnego. W tym kontekście interpretacja prawa wyrażona przez skarżących ⁽²¹⁾ jest zdaniem Niemiec błędna i nie wykazała, że wykorzystanie kapitału spółki w rocznych sprawozdaniach finansowych byłoby przestępstwem.
- (66) Jeżeli chodzi o umowę spółki WestSpiel z 2007 r., Niemcy potwierdzają, że w okresie poprzedzającym cichy udział (tj. lata 2009–2014) nie zawierała ona żadnej klauzuli umownej skutkującej stosowaniem innego mechanizmu niż automatyczne wykorzystanie kapitału spółki opisane w motywie 63 decyzji o wszczęciu postępowania. Umowa spółki z 2007 r. stanowiła jedynie doprecyzowanie i powtórzenie obowiązującego prawa niemieckiego ⁽²²⁾.

⁽¹⁹⁾ Zob. motyw 62 decyzji o wszczęciu postępowania.

⁽²⁰⁾ Zob. motyw 63 decyzji o wszczęciu postępowania.

⁽²¹⁾ Zob. motyw 62 decyzji o wszczęciu postępowania.

⁽²²⁾ Umowa spółki WestSpiel (2007 r.) została zmieniona i weszła w życie w dniu 26 stycznia 2016 r. Niemcy przedstawiają dodatkowe elementy potwierdzające, że ani w latach poprzedzających zmianę umowy spółki w 2016 r., ani później nie doszło do przeniesienia środków finansowych ani płynności przez komandytariusza przy podziale strat. Jeżeli chodzi o działania, które należało podjąć w celu podziału rocznych strat, nie było różnicy między umową spółki z 2007 r. a umową z 2016 r. Zostały one podzielone proporcjonalnie do udziału kapitałowego (posiadanego przez kraj związkowy NRW poprzez cichy udział i przez NRW.BANK). Ponadto umowa cichej spółki przewidywała, że nie może zostać jednostronnie rozwiązana przez jedną ze stron. W każdym razie, jak wyjaśniono w motywie 66 decyzji o wszczęciu postępowania, Komisja stwierdza, że te same względy mają zastosowanie do strat wygenerowanych w kolejnych latach (tj. po 2015 r. zgodnie z umową spółki z 2016 r.) i (przypuszczalnie) zaksięgowanych na rachunkach kapitałowych NRW.BANK i kraju związkowego NRW (jako powiernika stojącego za cichym udziałem NRW.BANK w spółce WestSpiel).

- (67) Niemcy potwierdzają również, że NRW.BANK i kraj związkowy NRW nie zawarły żadnych dodatkowych zobowiązań umownych na rzecz spółki WestSpiel (gwarancji, zobowiązań itp.).
- (68) W motywie 64 decyzji o wszczęciu postępowania Komisja wyraziła również wątpliwości co do domniemanego środka, jako że nie mogła wykluczyć przyznania spółce WestSpiel korzyści ze względu na fakt, że NRW.BANK utrzymał swoje udziały w spółce WestSpiel pomimo ponoszonych przez nią ciągłych strat, „ponieważ nie można zakładać, że inwestor prywatny w porównywalnych okolicznościach postąpiłby w ten sposób”. Niemcy są zdania, że wątpliwości te nie były uzasadnione. Aby wyjaśnić, że inwestor prywatny rzeczywiście postąpiłby w ten sam sposób, Niemcy opisują dwa różne scenariusze działania NRW.BANK (likwidacja i sprzedaż spółki WestSpiel).

– *Scenariusz pierwszy: likwidacja spółki WestSpiel*

- (69) Według Niemiec w omawianym okresie (lata 2009–2015) NRW.BANK nie mógł utrzymać pierwotnego wkładu kapitałowego w wysokości 35,5 mln EUR poprzez likwidację spółki WestSpiel. Ze względów związanych z ochroną wierzycieli likwidacja spółki WestSpiel lub wycofanie się wspólnika podlegałyby bardzo wąskiemu ograniczeniu na mocy niemieckiego prawa spółek. Podczas gdy Niemcy przyznają, że rozwiązanie spółki jest możliwe w drodze uchwały wspólników (§ 131 HGB (w dawnym brzmieniu)) ⁽²³⁾, dodają, że po rozwiązaniu spółki rozpoczyna się likwidacja, stanowiąca proces regulowany przez § 145 i nast. HGB (w dawnym brzmieniu) ⁽²⁴⁾ oraz § 730 i nast. niemieckiego kodeksu cywilnego (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB). Niemcy wyjaśniają, że likwidacja ta byłaby skomplikowanym i długotrwałym procesem, podczas którego likwidatorzy muszą zakończyć bieżącą działalność spółki, odzyskać wierzytelności, przekształcić pozostałe aktywa w środki pieniężne i zaspokoić wierzycieli (§ 149 ust. 1 HGB) ⁽²⁵⁾. Pozostałe aktywa spółki muszą być rozdzielane przez likwidatorów pomiędzy wspólników proporcjonalnie do ich udziałów w kapitale (§ 155 ust. 1 HGB) ⁽²⁶⁾.
- (70) Ponadto Niemcy twierdzą, że w ramach tego procesu likwidacji, jak opisano w motywie 69, NRW.BANK musiałby pokryć dużą liczbę zobowiązań wobec osób trzecich, w tym znaczne zobowiązania emerytalne. Należałoby również uwzględnić koszty rozwiązania umów (np. umów o pracę i umów najmu). Prawdopodobnie doszłoby również do znacznego obniżenia wartości księgowej spowodowanego likwidacją pozycji aktywów trwałych i obrotowych. Naruszony zostałby również wkład NRW.BANK jako jedyne go komandytariusza spółki WestSpiel, w tym sensie, że wartość wkładu NRW.BANK zostałaby zachowana tylko w przypadku dodatniego salda (zob. § 171 ust. 1 HGB w związku z § 167 ust. 3 ⁽²⁷⁾, § 149 zdanie pierwsze, § 161 ust. 2 HGB). W związku z tym już na podstawie przybliżonych szacunków można stwierdzić, że wartość likwidacyjna spółki WestSpiel byłaby wyraźnie ujemna.
- (71) Na tej podstawie Niemcy konkludują, że w wyniku postępowania likwidacyjnego NRW.BANK nie byłby w stanie w rozpatrywanym okresie zachować pierwotnego wkładu kapitałowego poprzez rozwiązanie spółki WestSpiel. W tym względzie zdaniem Niemiec należy również wziąć pod uwagę, że w tym czasie NRW.BANK zainwestował już znaczną kwotę kapitału (35,5 mln EUR pierwotnego wkładu) w spółkę WestSpiel. Według Niemiec inwestor prywatny, który już zainwestował w przedsiębiorstwo, również inaczej oceniłby ryzyko kolejnej inwestycji niż inwestor, który nie ma jeszcze żadnego udziału. W tym kontekście uznaje się, że w przypadku udziału większościowego długoterminowe względy strategiczne mogą uzasadniać niższy zwrot niż średni zwrot rynkowy („efekt właściciela”).

– *Scenariusz drugi: sprzedaż spółki WestSpiel*

- (72) W związku z tym, biorąc pod uwagę wykluczenie pierwszego scenariusza, Niemcy twierdzą, że NRW.BANK mógłby uniknąć obciążenia spowodowanego stratami spółki WestSpiel jedynie poprzez sprzedaż. Z ekonomicznego punktu widzenia w rozpatrywanym okresie (2009–2015) spółka WestSpiel znajdowała się jednak w stanie raczej nieatrakcyjnym dla nabywcy, w związku z czym najprawdopodobniej nie udało się uzyskać satysfakcjonującej ceny zakupu.

⁽²³⁾ Po zmianie z dnia 1 stycznia 2024 r. § 131 HGB to obecnie § 140 HGB.

⁽²⁴⁾ Po zmianie z dnia 1 stycznia 2024 r. § 145 HGB to obecnie § 143 HGB.

⁽²⁵⁾ Po zmianie z dnia 1 stycznia 2024 r. § 149 zdanie pierwsze HGB to obecnie § 148 ust. 2 i art. 148 ust. 5 zdanie pierwsze HGB.

⁽²⁶⁾ Po zmianie z dnia 1 stycznia 2024 r. § 155 ust. 1 HGB to obecnie § 148 ust. 8 HGB.

⁽²⁷⁾ Po zmianie z dnia 1 stycznia 2024 r. § 167 ust. 3 HGB obecnie ogranicza się do § 167 HGB.

- (73) Według Niemiec kraj związkowy NRW zlecił sprawozdanie [IBR] (2015 r.), które zawierało wiele wskaźników i w związku z tym było bardziej kompleksowe niż zwykły test prywatnego inwestora.
- (74) Niemcy wskazują w szczególności na s. 101 tego sprawozdania, gdzie stwierdzono, że saldo płatności spółki WestSpiel, nawet przy planowanym wówczas zastrzyku kapitałowym w postaci cichego udziału, stanie się dodatnie dopiero w latach 2021–2023. Pokazuje to również przedostatnia linia na poniższym wykresie zaczerpniętym ze sprawozdania [IBR].

[...]

4.2. Domniemany zastrzyk kapitałowy w 2015 r.

- (75) W motywie 77 decyzji o wszczęciu postępowania Komisja wskazała dwa rodzaje rozumowania przedstawione przez Niemcy w odniesieniu do zastrzyku kapitałowego dokonanego w 2015 r. Po pierwsze, zastrzyk stanowił jedynie (częściowy) ponowny zastrzyk zysków odprowadzonych ze spółki WestSpiel. Po drugie, zastrzyk był w każdym razie zgodny z testem prywatnego inwestora, biorąc pod uwagę, że kraj związkowy NRW działał jak inwestor prywatny w porównywalnych okolicznościach, zapewniając zastrzyk kapitałowy w formie cichego wkładu. W swoich uwagach dotyczących decyzji o wszczęciu postępowania Niemcy odnieśli się do tych dwóch linii rozumowania i przedstawiły szereg alternatywnych argumentów.
- (76) Po pierwsze, w odniesieniu do (częściowego) ponownego zastrzyku Niemcy twierdzą zasadniczo, że te dwie operacje (odprowadzenie zysków i zastrzyk kapitałowy) należy postrzegać jako jedną operację (ogólną koncepcję, określaną przez Niemcy jako „jedną interwencję” lub „jeden złożony środek”) i nie można ich rozpatrywać oddzielnie.
- (77) Według Niemiec (częściowy) ponownego zastrzyku nie można postrzegać w oderwaniu od sprzedaży dwóch dzieł sztuki, a w szczególności w oderwaniu od odprowadzenia zysków na rzecz kraju związkowego NRW, ponieważ: a) oba środki przyjęto w krótkim odstępie czasu oraz b) sprzedaż dzieł sztuki była uzależniona od zapewnienia przez zaangażowane władze, że odprowadzone zyski ze sprzedaży zostaną (częściowo) zwrócone w formie zastrzyku kapitałowego. (Częściowy) ponowny zastrzyk funduszy był częścią ogólnej koncepcji przyjętej przed sprzedażą dzieł sztuki. Wynika to jednoznacznie z dokumentów wewnętrznych i publicznych⁽²⁸⁾. W związku z tym w ramach tej „ogólnej oceny” zastrzyk kapitałowy nie powinien być rozpatrywany oddzielnie, lecz jako podśrodek jednego ogólnego środka polegającego na zastosowaniu ram podatkowych do spółki WestSpiel (w szczególności § 14 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu), tj. odprowadzeniu zysków zastosowanemu do zysków ze sprzedaży dzieł sztuki)⁽²⁹⁾.
- (78) Po drugie, w odniesieniu do testu prywatnego inwestora, jak wyjaśniono w motywach 85–89 decyzji o wszczęciu postępowania, Niemcy twierdzą, że zastrzyk kapitałowy dokonany w 2015 r. przez kraj związkowy NRW odpowiadał zachowaniu inwestora prywatnego w porównywalnych okolicznościach. Niemcy opierają swoje rozumowanie na „perspektywie krótkoterminowej” i „perspektywie długoterminowej”. Zgodnie z „perspektywą krótkoterminową” zastrzyku kapitałowego w wysokości 64,8 mln EUR na rzecz spółki WestSpiel w 2015 r. dokonano zgodnie z warunkami rynkowymi jako samodzielnego środka⁽³⁰⁾. Jeżeli chodzi o „perspektywę długoterminową”, Niemcy opierają się na orzecznictwie dotyczącym sprawy EDF⁽³¹⁾, twierdząc, że mogły uwzględnić w ocenie przyszłe wyższe dochody podatkowe. Ponadto Niemcy twierdzą, że zastrzyk kapitałowy był niezbędny do przywrócenia rentowności spółki WestSpiel, a tym samym do utrzymania kapitału już

⁽²⁸⁾ Na przykład na spotkaniu gwarantów NRW.BANK w dniu 13 marca 2014 r. sformułowano wyraźne zastrzeżenie, że zgoda na sprzedaż dzieł sztuki jest uzależniona od możliwości wykorzystania niezbędnych środków finansowych przez spółkę WestSpiel, tj. ich stałej dostępności.

⁽²⁹⁾ Ale także potencjalnie §12 i § 13 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu), tj. podatki od przychodów WestSpiel z gier brutto, jeżeli zastosowano „szerszą perspektywę” (z uwzględnieniem ogólnych ram fiskalnych).

⁽³⁰⁾ Niemcy wyjaśniają, że wraz z odprowadzeniem zysków zastrzyk kapitałowy doprowadził do osiągnięcia przez państwo ogólnego zysku w wysokości 17,2 mln EUR, który przekracza zysk 0 EUR w scenariuszu alternatywnym, mianowicie przy braku zastrzyku kapitałowego. Innymi słowy, otrzymując 82 mln EUR od spółki WestSpiel w 2014 r. (zgodnie z § 14 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu)) i inwestując w nią jedynie 64,8 mln EUR w 2015 r., państwo zatrzymało łącznie 17,2 mln EUR, co jest kwotą wyższą niż 0 w scenariuszu alternatywnym. Według Niemiec rozważania Komisji zawarte w motywach 78 i nast. oraz 88 i nast. decyzji o wszczęciu postępowania, zgodnie z którymi takie „obliczenia netto” były niedopuszczalne, ponieważ odprowadzenie zysków na podstawie § 14 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu) stanowiło „integralną część szczególnego systemu podatkowego i regulacyjnego ustawy SpielbG NRW, który państwo stosowało wyłącznie do spółki WestSpiel”, nie były zgodne z orzecznictwem. Niemcy wyjaśniają również, że sam fakt, iż zobowiązanie płatnicze stanowi „część szczególnego systemu podatkowego i regulacyjnego”, nie może prowadzić do rozpatrywania tego obowiązku w oderwaniu od całokształtu ekonomicznego „sprzedaży dzieł sztuki, odprowadzenia zysków i ponownego zastrzyku środków”. Pogląd ten poparto wyrokiem Sądu z dnia 26 lutego 2019 r., T-865/16, ECLI:EU:T:2019:113.

⁽³¹⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 czerwca 2012 r., Komisja/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318.

zainwestowanego w spółkę. W szczególności Niemcy wyjaśniają, że nie istniała żadna alternatywa dla modelu obejmującego sprzedaż dzieł sztuki/odprowadzenie zysków/zastrzyk kapitałowy. Jedyną możliwą alternatywą było niewdrożenie środków, a tym samym utrata całkowitej wartości udziału w spółce WestSpiel oraz perspektyw na przyszłe przychody. Według Niemiec w szczególności likwidacja spółki nie była „rozwiązaniem możliwym do wyobrażenia pod względem ekonomicznym”. Aby wyjaśnić powody, dla których Niemcy wydały tę opinię, Niemcy powtarzają te same argumenty, które przedstawiły już w celu opisanego swojego stanowiska w sprawie scenariuszy alternatywnych wobec corocznego pokrywania strat, wysiłku, kosztów i czasu związanych z procesem likwidacji, a także poszczególnych zobowiązań, które doprowadziłyby do ujemnej wartości likwidacyjnej spółki WestSpiel (zob. motywy 69–71).

- (79) Po trzecie, Niemcy wyjaśniają, że zastrzyk kapitałowy nie przyniósł żadnej korzyści spółce WestSpiel ze względu na jej ograniczenie strukturalne (w szczególności ze względu na mechanizm odprowadzania zysków zastosowany do zysków ze sprzedaży dzieł sztuki). Ograniczenie strukturalne spółki WestSpiel polegało na obowiązku ponoszenia znacznie wyższego obciążenia podatkowego na mocy § 12–14 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu). Zdaniem Niemiec zgodnie z orzecznictwem nie występuje korzyść w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, jeżeli rekompensata jest przyznawana jedynie z tytułu ograniczenia strukturalnego⁽³²⁾. Niemcy dodają, że z orzecznictwa wynika, iż rekompensata za dodatkowe obciążenia wynikające z systemu stanowiącego odstępstwo, który nie ma zastosowania do konkurentów, nie stanowi pomocy państwa, jeżeli istnieje nierozzerwalny związek między przedmiotowym środkiem kompensującym a jego celem polegającym na zrehabilitowaniu dodatkowych kosztów wynikających ze szczególnych problemów strukturalnych⁽³³⁾. Wynika to z zasady, zgodnie z którą pomoc państwa stanowi korzyść gospodarczą w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE tylko wtedy, gdy przedsiębiorstwo zostaje zwolnione z kosztów, które „zwykle” mają być pokrywane przez przedsiębiorstwa⁽³⁴⁾. Jedynie zwolnienie z takich kosztów mogłoby prowadzić do sytuacji, w której przedsiębiorstwo będące beneficjentem znalazłoby się w korzystniejszej sytuacji konkurencyjnej niż jego konkurenci. W przypadku spółki WestSpiel ingerencja państwa miała na celu utrzymanie kosztów spółki WestSpiel na poziomie kosztów jej konkurentów. W związku z tym jedynym celem zastrzyku kapitałowego zrealizowanego w formie cichego udziału (jak opisano w motywie 47) było zrehabilitowanie ograniczenia strukturalnego spółki WestSpiel.
- (80) Po czwarte, Niemcy twierdzą również, że taki sam rezultat jak ten wynikający z zastrzyku kapitałowego mógł zostać faktycznie osiągnięty poprzez zwykłą zmianę przepisów krajowych, tj. obowiązujących przepisów podatkowych. W niniejszej sprawie prawodawca miał swobodę włączenia do § 14 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu) wyjaśnienia, zgodnie z którym przepis ten ma zastosowanie wyłącznie do zysków wynikających z normalnej działalności w zakresie gier hazardowych operatora kasyna, tj. spółki WestSpiel, ale nie do żadnych nadzwyczajnych dochodów. W tym celu wystarczyłoby na przykład dodać nowy ust. 4 stwierdzający, że „Odprowadzanie zysków zgodnie z niniejszym przepisem odbywa się wyłącznie w takim zakresie, w jakim wykazane roczne zyski netto można przypisać faktycznej działalności kasyn. Pozostałe zyski podlegają standardowemu opodatkowaniu”. W takim przypadku nie byłoby wymagane żadne (częściowe) „ponowne zastrzyki”, ponieważ wpływy ze sprzedaży dzieł sztuki nie podlegałyby mechanizmowi odprowadzania zysków.

⁽³²⁾ Wyrok Sądu z dnia 14 lipca 2016 r., Niemcy/Komisja, sprawa T-143/12, ECLI:EU:T:2016:406, pkt 143 i nast.; wyrok Sądu z dnia 16 marca 2004 r., Danske Busvognmænd/Komisja, sprawa T-157/01, ECLI:EU:T:2004:76, pkt 57; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 marca 2006 r., Enirisorse/Sotacarbo, sprawa C-237/04, ECLI:EU:C:2006:197, pkt 42–48.

⁽³³⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 8 grudnia 2011 r., France Télécom/Komisja, sprawa C-81/10 P, ECLI:EU:C:2011:811, pkt 42 i nast.; wyrok Sądu z dnia 30 listopada 2009 r., France Télécom i in./Komisja, sprawy połączone T-427/04 i T-17/05, ECLI:EU:T:2009:474, pkt 207 i nast.; wyrok Sądu z dnia 28 listopada 2008 r., Hotel Cipriani i in./Komisja, sprawy połączone T-254/00, T-270/00 i T-277/00, ECLI:EU:T:2008:537, pkt 185, 187 i 189; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 czerwca 2011 r., Hotel Cipriani i in./Komisja, sprawy połączone C-71/09 P, C-73/09 P i C-76/09 P, ECLI:EU:C:2011:368, pkt 89, 97 i 100.

⁽³⁴⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 1961 r., De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Wysoka Władza, sprawa 30-59, ECLI:EU:C:1961:2, pkt 3 i 43; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 marca 1994 r., Banco Exterior de España v Ayuntamiento de Valencia, sprawa C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, pkt 12 i 13; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 1 grudnia 1998 r., Ecotrader/Altiforni e Fernere di Servola, sprawa C-200/97, ECLI:EU:C:1998:579, pkt 34; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 8 listopada 2001 r., Adria-Wien Pipeline/Finanzlandesdirektion für Kärnten, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598, pkt 3; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 marca 2005 r., Wolfgang Heiser/Finanzamt Innsbruck, sprawa C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, pkt 36; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 czerwca 2016 r., Belgia/Komisja, sprawa C-270/15, ECLI:EU:C:2016:489, pkt 34–36.

- (81) Po piąte, Niemcy wyjaśniają również, że kraj związkowy NRW, a następnie gwaranci NRW.BANK postanowili w dniu 8 maja 2018 r. zbyć 100 % udziałów NRW.BANK w spółce WestSpiel. Po sprzedaży cichy udział NRW.BANK, który utrzymywał go pod zarządem dla kraju związkowego NRW, musiał zostać zwrócony i w związku z tym zlikwidowany. Innymi słowy, po sprzedaży wartość księgowa cichego udziału kraju związkowego NRW podlegała zwrotowi na rzecz kraju związkowego NRW⁽³⁵⁾. Zdaniem Niemiec zwrot cichego udziału przez spółkę WestSpiel byłby równoznaczny z szerokim zwrotem (domniemanej) pomocy państwa. W tym sensie sprzedaż spółki WestSpiel pokazała, że zastrzyk kapitałowy w 2015 r. odpowiadał zachowaniu inwestora prywatnego i (również z tego powodu) nie stanowił pomocy państwa. Decyzja o zastrzyku kapitałowym w 2015 r. była uzasadniona z ekonomicznego punktu widzenia, ponieważ kraj związkowy NRW oczekiwał nie tylko odzyskania wartości księgowej swojego cichego udziału poprzez sprzedaż spółki WestSpiel, ale również osiągnięcia zysku ze zbycia udziału NRW.BANK w spółce WestSpiel. W tym kontekście pismem z dnia 8 września 2021 r. Niemcy poinformowały Komisję, że drugiej i ostatniej częściowej spłaty cichego udziału w wysokości 11 516 909 EUR (w odniesieniu do pierwszej częściowej spłaty, zob. motyw 90) spółka WestSpiel dokonała (z jej własnych środków płynnych) w dniu 26 lipca 2021 r.⁽³⁶⁾
- (82) Jeżeli chodzi o obecność zasobów państwowych, Niemcy twierdzą, że zastrzyk kapitałowy nie wiązał się z żadnymi zasobami państwowymi, ponieważ środki finansowe pochodziły ze sprzedaży własnych dzieł sztuki spółki WestSpiel. Niemcy wyjaśniają, że żaden podmiot gospodarczy nigdy nie podjąłby się takiej sprzedaży, gdyby nie mógł zakładać, że wpływy ze sprzedaży, a w każdym razie znaczna ich część, zostaną mu przekazane z powrotem. W tym kontekście czysto formalne założenie, zgodnie z którym środki pochodzące ze sprzedaży dzieł sztuki uznaje się za zasoby państwowe wyłącznie dlatego, że zostały przypisane państwu na niezwykle krótki moment z punktu widzenia prawa, wydaje się sztuczne i niewłaściwe. Według Niemiec środki na (częściowy) „ponowny zastrzyk” kapitału w formie cichego udziału pochodziły raczej z wpływów ze sprzedaży dwóch dzieł sztuki należących do spółki WestSpiel i nie byłyby dostępne, gdyby spółka WestSpiel nie zdecydowała się na sprzedaż tych dwóch dzieł sztuki. Jednocześnie spółka WestSpiel zdecydowała się na sprzedaż tych dwóch dzieł sztuki wyłącznie dlatego, że opierała się na zapewnieniu władz, iż zyski odprowadzone ze sprzedaży zostaną (częściowo) „ponownie zainwestowane” w spółkę WestSpiel.

4.3. Dodatkowe argumenty

- (83) W odniesieniu zarówno do corocznego pokrywania strat, jak i do zastrzyku kapitałowego Niemcy są zdania, że środki te nie mogły zakłócić konkurencji i wpłynąć na wymianę handlową między państwami członkowskimi ze względu na monopolistyczną pozycję spółki WestSpiel w kraju związkowym NRW. W szczególności Niemcy uważają, że w odnośnym okresie (2009–2015) rynek kasyn był zamknięty dla konkurencji zgodnie z § 1 i § 3 ustawy SpielG NRW (w dawnym brzmieniu). Zdaniem Niemiec, pomimo oświadczeń zawartych

⁽³⁵⁾ Jak wyjaśniono w motywie 30, spółkę WestSpiel w międzyczasie sprzedano we wrześniu 2021 r.

⁽³⁶⁾ W odpowiedzi z 4 kwietnia 2022 r. Niemcy wyjaśnili, w jaki sposób ustalono kwotę każdej z tych dwóch spłat. Wyjaśnili one, co następuje.

- Cichy udział rozwiązano z dniem 8 stycznia 2021 r. wraz z podpisaniem umowy o rozwiązaniu w dniu 4 stycznia 2021 r.
- Zgodnie z § 12 ust.1–3 umowy cichej spółki cichemu wspólnikowi przysługiwała rekompensata z tytułu wzajemnego rozwiązania cichej spółki lub ewentualnego wypowiedzenia umowy cichej spółki przez cichego wspólnika.
- Zgodnie z § 12 ust. 2 zdanie pierwsze i drugie oraz § 12 ust. 3 zdanie pierwsze umowy cichej spółki całkowita kwota rekompensaty odpowiadała wartości księgowej cichego udziału na dzień 31 grudnia 2020 r. Zgodnie z umową wartość księgową na dzień 31 grudnia 2020 r. obliczono jako saldo rachunku wkładów, rachunku pożyczkowego i rachunku strat cichej spółki wykazanego w zbadanym i poświadczonym rocznym sprawozdaniu finansowym spółki na dzień 31 grudnia 2020 r. W związku z tym cicha spółka nadal miała udział w rocznym wyniku za 2020 r.
- Ponieważ zbadane przez biegłego rewidenta roczne sprawozdanie finansowe za rok budżetowy 2020 nie było jeszcze dostępne w momencie podpisania umowy o rozwiązaniu w styczniu 2021 r., w związku z czym nie było jeszcze możliwe dokonanie bezpiecznego, ostatecznego wiążącego ustalenia kwoty rekompensaty, obie strony uzgodniły w umowie o rozwiązaniu spłatę w dwóch ratach.
- Pierwszą ratę ustalono na kwotę 35 mln EUR w taki sposób, że na podstawie wstępnych szacunków rocznego wyniku za rok budżetowy 2020, który według Niemiec nadal był niepewny, można uniknąć nadpłaty z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością.
- Drugą i ostatnią ratę ustalono na poziomie różnicy między wartością księgową cichego udziału według rocznego sprawozdania finansowego na dzień 31 grudnia 2020 r., które ostatecznie poddano badaniu w dniu 20 kwietnia 2021 r., a kwotą pierwszej raty w wysokości 35 mln EUR. Wartość księgowa cichego udziału w zbadanym sprawozdaniu finansowym na dzień 31 grudnia 2020 r. wyniosła ostatecznie 46 516 909 EUR. Druga rata wyniosła zatem 11 516 909 EUR.

w sprawozdaniu rocznym spółki WestSpiel za 2014 r. (motyw 57 decyzji o wszczęciu postępowania)⁽³⁷⁾, nie można twierdzić, że spółka WestSpiel działa na tym samym rynku w rozumieniu unijnego prawa konkurencji co dostawcy usług online, którzy dotychczas prowadzili nielegalną działalność w Niemczech. W każdym razie Niemcy wyjaśniają, że z proceduralnego punktu widzenia kwestia, czy środki stanowią pomoc państwa, czy nie, może pozostać otwarta, biorąc pod uwagę praktykę decyzyjną Komisji⁽³⁸⁾.

- (84) Pierwszą możliwą podstawą zgodności byłby art. 107 ust. 3 lit. c) TFUE ze względu na liberalizację rynku gier losowych. Niemcy wyjaśniają, że Komisja uznałaby prywatyzację za cel leżący we wspólnym interesie⁽³⁹⁾, a art. 107 ust. 3 lit. c) TFUE za spełniony w przypadkach, w których środki były niezbędne do prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego i obejmowały wyłącznie niekorzystną sytuację konkurencyjną przedsiębiorstwa państwowego w porównaniu z jego konkurentami⁽⁴⁰⁾. Zdaniem Niemiec wymogi określone w praktyce decyzyjnej Komisji zostały spełnione w niniejszej sprawie. W tym sensie a) celem leżącym we wspólnym interesie było otwarcie rynku w danym sektorze⁽⁴¹⁾, b) środki były niezbędne do osiągnięcia tego celu⁽⁴²⁾ oraz c) środki były również proporcjonalne⁽⁴³⁾.
- (85) Niemcy uważają, że alternatywą mogą być wytyczne R&R, które mogą stanowić istotną podstawę zgodności. W tym kontekście Niemcy twierdzą, że chociaż spółka WestSpiel nie była przedsiębiorstwem znajdującym się w trudnej sytuacji w momencie przyznania domniemanych środków, stałaby się takim przedsiębiorstwem, gdyby Komisja nakazała odzyskanie pomocy, i kwalifikowałaby się do pomocy na ratowanie i restrukturyzację⁽⁴⁴⁾.

5. UWAGI SPÓŁKI WESTSPIEL I SKARŻĄCYCH

- (86) Po upływie terminu zgłaszania uwag do decyzji o wszczęciu postępowania Komisja otrzymała uwagi od spółki WestSpiel oraz od skarżących. Dla pełności wyводу uwagi te podsumowano poniżej.

⁽³⁷⁾ „[...] Jak wskazali skarżący, z oświadczeń zawartych w sprawozdaniu rocznym spółki WestSpiel za 2014 r. wynika, że spółka WestSpiel uznała konkurencję ze strony komercyjnych operatorów gier hazardowych i dostawców internetowych gier hazardowych za główną przyczynę strat poniesionych przez spółkę WestSpiel w tym roku [...]”.

⁽³⁸⁾ Zob. np. motywy 487 i 583 oraz art. 2 ust. 2 decyzji Komisji C(2014) 6849 final z dnia 1 października 2014 r. w sprawie pomocy państwa SA.14093 wdrożonej przez Belgię na rzecz Brussels South Charleroi Airport i Ryanair (Dz.U. L 325 z 30.11.2016, s. 63); motywy 190, 191 i 257 oraz art. 2 ust. 2 decyzji Komisji C(2014) 5084 final z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawach SA.19880 i SA.32576 – Flughafen Weeze/Niederrhein und Flughafen Niederrhein GmbH (Dz.U. L 269 z 15.10.2015, s. 1); motyw 120 decyzji Komisji 2009/613/WE z dnia 8 kwietnia 2009 r. w sprawie środków wdrożonych przez Zjednoczone Królestwo na rzecz Royal Mail (Dz.U. L 210 z 14.8.2009, s. 16); motyw 139 i art. 1 decyzji Komisji C(2019) 6836 final z dnia 20 września 2019 r. w sprawie SA.34402 wdrożonej przez Niemcy na rzecz spółki Hochschul-Informationssystem GmbH (Dz.U. L 74 z 11.3.2020, s. 22); i w szczególności w sprawach prywatyzacyjnych motyw 102 decyzji Komisji 2008/722/WE z dnia 10 maja 2007 r. w sprawie pomocy państwa planowanej przez Grecję w związku z programem dobrowolnego wcześniejszego przechodzenia na emeryturę w OTE (Dz.U. L 243 z 11.9.2008, s. 7).

⁽³⁹⁾ Zob. motyw 307 decyzji Komisji 2008/765/WE z dnia 11 grudnia 2007 r. w sprawie pomocy C 7/06 (ex NN 83/05) przyznanej przez Finlandię dla przedsiębiorstwa Tielikelaite/Destia (Dz.U. L 270 z 10.10.2008, s. 1).

⁽⁴⁰⁾ Zob. motyw 157 decyzji Komisji C(2012) 1834 final z dnia 21 marca 2012 r. w sprawie środka pomocy SA.31479 (2011/C) (ex 2011/N), który Zjednoczone Królestwo zamierza wdrożyć na rzecz Royal Mail Group (Dz.U. L 279 z 12.10.2012, s. 40).

⁽⁴¹⁾ Środki przyczyniają się do osiągnięcia celu leżącego we wspólnym interesie, a mianowicie prywatyzacji, a tym samym otwarcia rynku w sektorze kasyn w kraju związkowym NRW.

⁽⁴²⁾ Działania podjęte w niniejszej sprawie, tj. zastrzyk kapitałowy w celu zrekomensowania ograniczenia strukturalnego, stanowią istotne etapy dostosowania przedsiębiorstwa do stopniowej liberalizacji w sektorze kasyn w Nadrenii Północnej-Westfalii. Dzięki tym środkom inwestorzy prywatni będą skłonni do nabycia spółki WestSpiel, co doprowadzi do jego prywatyzacji. W związku z tym środki te są niezbędne do osiągnięcia prywatyzacji spółki WestSpiel oraz otwarcia rynku w sektorze kasyn.

⁽⁴³⁾ Środki mają na celu wyłącznie zrekomensowanie niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej przedsiębiorstwa państwowego w porównaniu z jego konkurentami. Niemcy wyjaśniają, że obciążenie podatkowe spółki WestSpiel znacznie różni się od ram podatkowych dla prywatnych przedsiębiorstw prowadzących działalność w ogólnym sektorze gier hazardowych, a przedmiotowe środki nie doprowadziły do żadnej „nadmiernej rekompensaty”. Z porównania obciążeń podatkowych wynika, że w rozpatrywanym okresie od 2006 r. obciążenie podatkowe spółki WestSpiel było okresie 13 z 14 lat znacznie wyższe niż w przypadku normalnego opodatkowania spółek. Tylko w latach 2009–2013 Nadrenia Północna-Westfalia pobrała łącznie 253,2 mln EUR z opłat zgodnie z § 12–14 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu). W przypadku braku ingerencji państwa przedsiębiorstwo nie byłoby w stanie samodzielnie konkurować z konkurentami.

⁽⁴⁴⁾ Niemcy wyjaśniają, że Komisja zatwierdziła pomoc w podobnych przypadkach, np. decyzja Komisji 2005/345/WE z dnia 24 lutego 2004 r. dotycząca przyznania przez Niemcy pomocy na restrukturyzację na rzecz Bankgesellschaft Berlin AG (Dz.U. L 116 z 4.5.2005, s. 1).

5.1. Uwagi spółki WestSpiel

5.1.1. *Domniemane coroczne pokrywanie strat*

- (87) Jeżeli chodzi o domniemane coroczne pokrywanie strat, spółka WestSpiel wyjaśnia, że domniemana rekompensata strat wypłacona przez NRW.BANK na rzecz spółki WestSpiel nie przekraczała zwykłego udziału w stratach poniesionych przez komandytariusza w spółce komandytowej przynoszącej straty. W szczególności nie doszło do zastrzyku nowego kapitału. Nie istniał również żaden środek, który można by przypisać państwu, ponieważ w przypadku strat spółki komandytowej wykorzystanie kapitału byłaby automatyczne, tj. niezależne od jakiegokolwiek decyzji komandytariusza.

5.1.2. *Domniemany zastrzyk kapitałowy w 2015 r.*

- (88) W odniesieniu do zastrzyku kapitałowego w 2015 r. spółka WestSpiel twierdzi, że nie otrzymała żadnego nowego kapitału od swojego udziałowca. Zamiast tego, w porozumieniu ze swoim udziałowcem, sprzedała część własnych aktywów (tj. dwa obrazy Andy'ego Warhola), aby zabezpieczyć wystarczającą płynność finansową na potrzeby niezbędnej restrukturyzacji.
- (89) Spółka WestSpiel twierdzi, że prawdą jest, iż w wyniku odprowadzenia zysków w wysokości 75 % przewidzianego w § 14 ust. 1 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu) wpływy ze sprzedaży dwóch dzieł sztuki musiały zostać początkowo przekazane krajowi związkowemu NRW, jednak nie był to odrębny środek. Przeniesienie to było bowiem jedynie etapem pośrednim transakcji wieloetapowej, której projekt i cel od samego początku polegał na wykorzystaniu wpływów ze sprzedaży w celu zwrotu środków spółce WestSpiel. Fundusze te były potrzebne na restrukturyzację spółki WestSpiel poprzez cichy udział NRW.BANK w jego kapitale spółki. Bez pewności, że wpływy zostaną (częściowo) „ponownie zainwestowane” w spółkę WestSpiel, kierownictwo spółki WestSpiel nigdy nie zgodziłoby się na sprzedaż obrazów, ponieważ sprzedaż ta okazałaby się niezwykle szkodliwa dla spółki.
- (90) Spółka WestSpiel wyjaśnia również, że w kontekście restrukturyzacji wewnętrznej z dnia 13 stycznia 2021 r. (zob. motyw 29) cichy udział w spółce WestSpiel został rozwiązany. Pierwszą ratę w wysokości 35 mln EUR spółka WestSpiel spłaciła (z własnych funduszy płynnych) w dniu 19 stycznia 2021 r. Pozostałą kwotę spłacono w drugim kwartale 2021 r. po zatwierdzeniu rocznego sprawozdania finansowego spółki WestSpiel obejmującego drugą i ostatnią ratę (zob. motyw 81 zdanie szóste).

5.2. Uwagi skarżących

5.2.1. *Domniemane coroczne pokrywanie strat*

- (91) W odniesieniu do domniemanego corocznego pokrywania strat skarżący nie przedstawili żadnych uwag, a jedynie zażądali zobowiązania Niemiec do zapewnienia, aby spółka WestSpiel zwróciła krajowi związkowemu NRW kwotę z tytułu domniemanego corocznego pokrywania strat, które miało miejsce od 2009 r.

5.2.2. *Domniemany zastrzyk kapitałowy w 2015 r.*

- (92) W odniesieniu do domniemanego zastrzyku kapitałowego w 2015 r. skarżący podtrzymują i rozwijają swoje stanowisko, przedstawione również w sprawach SA.44944 i SA.53552, zgodnie z którym odprowadzanie zysków przewidziane w § 14 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu) nie stanowiło z technicznego punktu widzenia podatku, lecz podział zysków na rzecz kraju związkowego NRW jako powiernika stojącego za cichym udziałem NRW.BANK w spółce WestSpiel.
- (93) Skarżący wyjaśniają, że wbrew temu, co Komisja stwierdziła w motywach 83 i 84 decyzji o wszczęciu postępowania, decydujące znaczenie dla zakwalifikowania płatności jako podatku w związku ze stosowaniem unijnego prawa dotyczącego pomocy państwa we wszystkich przypadkach ma prawo właściwe państwa członkowskiego. Innymi słowy, według skarżących środek badany na podstawie unijnego prawa dotyczącego pomocy państwa byłby podatkiem tylko w przypadku, gdyby był za taki uznawany na mocy prawa krajowego. Skarżący dodają jednak, że aby dojść do wniosku, że zastrzyk kapitałowy będący przedmiotem niniejszej skargi stanowi pomoc państwa niezgodną z prawem, nie jest w żadnym razie konieczne zakwalifikowanie mechanizmu odprowadzania zysków na podstawie § 14 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu) jako podatku. Wynika to z faktu, że nawet gdyby mechanizm odprowadzania zysków nie był traktowany jako podatek, lecz jako podział zysków na rzecz (pośredniego) współnika, zakwalifikowanie zastrzyku kapitałowego jako pomocy państwa wynika z niespełnienia warunków wstępnych testu prywatnego inwestora z powodów przedstawionych przez Komisję w motywach 90–93 decyzji o wszczęciu postępowania.

6. OCENA

6.1. Istnienie pomocy państwa

- (94) Zgodnie z art. 107 ust. 1 TFUE „wszelka pomoc przyznawana przez państwo członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi”.
- (95) Środek kwalifikuje się jako pomoc państwa, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki: a) środek można przypisać państwu członkowskiemu i przyznano go przy użyciu zasobów państwowych, b) przyznaje selektywną korzyść gospodarczą niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, c) korzyść zakłóca konkurencję lub grozi zakłóceniem konkurencji oraz d) środek wpływa na wewnętrzną wymianę handlową.
- (96) W poniższych sekcjach Komisja oceni kryteria definicji pomocy państwa zawartej w art. 107 ust. 1 TFUE w odniesieniu do każdego z dwóch środków, których dotyczy skarga.

6.1.1. Domniane coroczne pokrywania|e strat w latach 2009–2015

- (97) Jeżeli chodzi o środek obejmujący coroczne pokrywanie strat, kluczową kwestią jest to, czy środek przyniósł korzyść spółce WestSpiel. Komisja uważa, że coroczne pokrywanie strat nie przyniosło korzyści spółce WestSpiel i że w związku z tym, ze względu na kumulatywny charakter kryteriów określonych w art. 107 ust. 1 TFUE, istnienie pomocy państwa można wykluczyć bez konieczności oceny pozostałych kryteriów.
- (98) Korzyść w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE oznacza każdą korzyść gospodarczą, której dane przedsiębiorstwo nie uzyskałoby w normalnych warunkach rynkowych, tj. bez ingerencji państwa⁽⁴⁵⁾. Znaczenie ma wyłącznie wpływ środka na przedsiębiorstwo, a nie przyczyna czy cel ingerencji państwa⁽⁴⁶⁾. Korzyść występuje zawsze, ilekroć sytuacja finansowa przedsiębiorstwa poprawia się w wyniku ingerencji państwa⁽⁴⁷⁾ na warunkach innych niż normalne warunki rynkowe. Aby ocenić ten aspekt, należy porównać sytuację finansową przedsiębiorstwa po zastosowaniu środka z jego sytuacją finansową w przypadku braku środka⁽⁴⁸⁾. Ponieważ znaczenie ma wyłącznie wpływ środka na przedsiębiorstwo, nieistotne jest to, czy korzyść ma charakter obowiązkowy dla przedsiębiorstwa w tym sensie, że nie mogło ono jej uniknąć ani odmówić jej przyjęcia⁽⁴⁹⁾.
- (99) Komisja jest zdania, że coroczne pokrywanie strat nie przynosi korzyści spółce WestSpiel z dwóch powodów: spółka WestSpiel jedynie wykorzystwała swój własny kapitał, wypełniając swoje zobowiązania wynikające z niemieckiego prawa spółek (zob. sekcja 6.1.1.1), a porównywalny inwestor prywatny postąpiłby w ten sam sposób i w związku z tym środek został przyznany na normalnych warunkach rynkowych (zob. sekcja 6.1.1.2).

6.1.1.1. Automatyczne wykorzystanie kapitału

- (100) Po pierwsze, w motywie 62 decyzji o wszczęciu postępowania Komisja nie mogła stwierdzić i zająć ostatecznego stanowiska w kwestii tego, czy NRW.BANK i kraj związkowy NRW rzeczywiście ponieśli straty spółki WestSpiel (część tych strat), czy też zdecydowali, czy kapitał niezbędny do pokrycia strat zostanie udostępniony czy nie, czy też jedno i drugie. Na tym etapie wstępnym (zob. motywy 63–65 decyzji o wszczęciu postępowania) Komisja była zdania, że rachunek kapitałowy NRW.BANK został obciążony stratami spółki WestSpiel, w związku z czym środki zostały przeniesione z rachunku NRW.BANK do spółki WestSpiel, a środek na pierwszy rzut oka wiązał się z korzyścią w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Komisja zwróciła się jednak do Niemiec o przedstawienie dalszych wyjaśnień w celu oceny wpływu tej operacji pod kątem pomocy państwa.

⁽⁴⁵⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 lipca 1996 r., SFEI i in., sprawa C-39/94, ECLI: EU:C:1996:285, pkt 60; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 kwietnia 1999 r., Hiszpania/Komisja, sprawa C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, pkt 41.

⁽⁴⁶⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2 lipca 1974 r., Włochy/Komisja, sprawa C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, pkt 13.

⁽⁴⁷⁾ Określenie „ingerencja państwa” nie odnosi się jedynie do aktywnych działań państwa, lecz obejmuje również fakt niepodjęcia przez państwo środków w niektórych okolicznościach, np. egzekwowania długu. Zob. np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 października 2000 r., Hiszpania/Komisja, sprawa C-480/98, ECLI:EU:C:2000:559, pkt 19 i 20.

⁽⁴⁸⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2 lipca 1974 r., Włochy/Komisja, sprawa C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, pkt 13.

⁽⁴⁹⁾ Zob. motyw 69 decyzji Komisji 2004/339/WE z dnia 15 października 2003 r. w sprawie środków wdrożonych przez Włochy na rzecz RAI SpA (Dz.U. L 119 z 23.4.2004, s. 1); opinia rzecznika generalnego Fennelly'ego z dnia 26 listopada 1998 r., Francja/Komisja, C-251/97, ECLI:EU:C:1998:572, pkt 26.

- (101) Jak opisano w motywach 63–67, w swoich uwagach dotyczących decyzji o wszczęciu postępowania Niemcy wyjaśniają, że spółka WestSpiel nigdy nie otrzymała bezpośredniej rekompensaty za swoje straty od NRW.BANK jako swojego jedyne go komandytariusza, ale w rzeczywistości wykorzystała swój kapitał własny (wniesiony w latach 1978 i 2002) w celu zrekompensowania swoich skumulowanych strat, tj. nie dokonano płatności bezpośrednich z NRW.BANK. Niemcy odwołują się natomiast do mechanizmu kompensacji strat poprzez automatyczne odliczenie z rachunku kapitałowego spółki zgodnie z niemieckim prawem spółek.
- (102) W oparciu o te stanowiska i z poniższych powodów Komisja uważa, że coroczne pokrywanie strat nie przyniosło korzyści spółce WestSpiel, ponieważ nie wiązało się z żadnym transferem środków spoza spółki i stanowiło czysto automatyczny mechanizm prawny mający na celu rozliczenie strat WestSpiel w ramach jej własnych rachunków zgodnie z obowiązkiem wynikającym z niemieckiego prawa spółek.
- (103) Coroczne pokrywanie strat było bowiem jedynie konsekwencją obowiązku wynikającego z § 161 ust. 2 HGB w związku z § 120 HGB (w dawnym brzmieniu), zgodnie z którym w przypadku wykazania w bilansie spółki komandytowej rocznych strat straty przypisane wspólnikowi są automatycznie odliczane od udziału kapitałowego. W związku z tym udział w rocznych stratach NRW.BANK jako jedyne go komandytariusza spółki WestSpiel odjęto od już istniejącego kapitału własnego spółki i nie wymagał on wniesienia nowego kapitału spoza spółki. Ze względu na ten czysty automatyzm prawny państwo nie było również w ogóle zaangażowane w ten proces i nie podjęto aktywnej decyzji o przyznaniu corocznego pokrywania strat.
- (104) W związku z tym, wbrew ustaleniom Komisji zawartym w motywie 63 decyzji o wszczęciu postępowania, nie dokonano żadnego transferu środków z rachunku kapitałowego NRW.BANK do spółki WestSpiel. Zgodnie bowiem z mechanizmem kompensacyjnym przewidzianym w HGB straty spółki WestSpiel kompensowano od razu pod koniec każdego roku w ramach kapitału własnego spółki (wniesione go wcześniej przez NRW.BANK jako jedyne go komandytariusza spółki WestSpiel), w związku z czym mechanizm ten realizowano wyłącznie w ramach własnych rachunków spółki WestSpiel. Spółka WestSpiel nie otrzymała zatem żadnych płatności spoza przedsiębiorstwa, w związku z czym mechanizm pokrywania strat nie poprawił jej sytuacji gospodarczej.

6.1.1.2. Zachowanie porównywalne go inwestora prywatne go

- (105) Po drugie, Komisja zmienia swoje stanowisko przedstawione w motywie 64 decyzji o wszczęciu postępowania, zgodnie z którym sam fakt, iż NRW.BANK zaakceptował dalsze straty spółki WestSpiel pomimo powtarzających się strat w poprzednich latach i nie przeprowadził oceny *ex ante* na potrzeby ustalenia, czy utrzymać swój udział w spółce WestSpiel czy też zlikwidować go w celu zachowania jeszcze nieutraconej części kapitału, mógł stanowić nienależną korzyść, ponieważ nie można było założyć, że inwestor prywatny w porównywalnych okolicznościach postąpiłby w ten sposób. Jak wyjaśniono w motywie 68, Niemcy są zdania, że wątpliwości te nie są uzasadnione. Aby wyjaśnić, że inwestor prywatny rzeczywiście postąpiłby w ten sam sposób, Niemcy opisują dwa różne scenariusze działania NRW.BANK (likwidacja i sprzedaż spółki WestSpiel).
- (106) Na podstawie dodatkowych informacji dostarczonych przez Niemcy oraz biorąc pod uwagę poniższą ocenę, Komisja uważa, że inwestor prywatny w porównywalnych okolicznościach nie wybrałby jednego ze scenariuszy alternatywnych – likwidacji lub sprzedaży spółki WestSpiel (scenariusze alternatywne) – zamiast przyznania corocznego pokrywania strat (scenariusz faktyczny), ponieważ ten ostatni scenariusz jest najbardziej racjonalny. Spółka WestSpiel uzyskałaby taką samą korzyść gospodarczą w normalnych warunkach rynkowych i (oprócz powodów przedstawionych w sekcji 6.1.1.1) coroczne pokrywanie strat nie przysporzyło spółce WestSpiel korzyści.

– Ocena scenariuszy alternatywnych (likwidacja i sprzedaż)

– Scenariusz 1: likwidacja spółki WestSpiel

- (107) W swoich uwagach dotyczących decyzji o wszczęciu postępowania Niemcy wyjaśniają, że w okresie objętym postępowaniem od 2009 r. do 2015 r. NRW.BANK nie mógł utrzymać swojego pierwotnego wkładu kapitałowego na rzecz spółki WestSpiel poprzez likwidację przedsiębiorstwa (zob. motywy 69–71), ponieważ wartość likwidacyjna spółki WestSpiel byłaby wyraźnie ujemna po zakończeniu procesu likwidacji na podstawie § 143 i nast. HGB i § 730 i nast. BGB.
- (108) Komisja zgadza się z Niemcami w zakresie, w jakim wyjaśnia, że likwidacja spółki WestSpiel nie była ekonomicznie uzasadnioną alternatywą dla corocznego pokrywania strat, ponieważ poniższe rozważania rzeczywiście wskazują, iż wartość likwidacyjna spółki WestSpiel byłaby ujemna.

– *Wartość likwidacyjna zgodnie z opisem procesu przedstawionym przez Niemcy*

- (109) Opisując teoretyczny system i proces likwidacji WestSpiel, Niemcy szczegółowo i w zrozumiały sposób wyjaśniają, dlaczego kapitał niezbędny do zaspokojenia wierzycieli zgodnie z § 148 ust. 5 zdanie pierwsze HGB przekraczałby dostępny kapitał spółki WestSpiel. Komisja rozumie z tego opisu, że uwzględnione musiałyby zostać rekompensata za dużą liczbę zobowiązań wobec osób trzecich, w tym znaczne zobowiązania emerytalne, koszty rozwiązania umów (np. umów o pracę i umów najmu) oraz likwidacja pozycji aktywów trwałych i obrotowych, które doprowadziłyby do znacznego obniżenia wartości księgowej spółki WestSpiel.
- (110) Ponadto Komisja potwierdza argument przedstawiony przez Niemcy, zgodnie z którym wkład NRW.BANK również zostałby naruszony w tym sensie, że wartość wkładu NRW.BANK zostałaby zachowana tylko w przypadku dodatniego salda (zob. § 171 ust. 1 HGB w związku z § 167 ust. 3, § 149 zdanie pierwsze, § 161 ust. 2 HGB) (zob. motyw 70). Komisja wyjaśnia, że § 171 ust. 1 HGB w związku z § 167 ust. 3 HGB (w dawnym brzmieniu) stanowi, że komandytariusz ponosi bezpośrednią odpowiedzialność wobec wierzycieli spółki, ale odpowiedzialność ta ogranicza się do inwestycji kapitałowej/pozostałego wkładu kapitałowego („Haftsumme”) wspólnika. W tym kontekście Komisja zauważa, że ta ograniczona odpowiedzialność ma również zastosowanie do procesu likwidacji. Pozostała część wkładu kapitałowego komandytariusza w wysokości 35,5 mln EUR pierwotnie wniesionego przez NRW.BANK (zob. motyw 28) stanowiłaby część tego kapitału wykorzystywanego do zrekompensowania zobowiązań spółki.
- (111) Komisja zauważa, że Niemcy przedstawiły szczegółową analizę scenariusza likwidacji spółki WestSpiel, ale nie przedstawiły żadnych uzasadnionych dowodów na poparcie twierdzenia, że wartość likwidacyjna była ujemna, na przykład poprzez uzasadnienie poszczególnych zobowiązań spółki WestSpiel wobec osób trzecich konkretnymi liczbami. Niemcy wspominają jedynie ogólnikowo o „szacunkowych obliczeniach”, które nie są w żaden sposób uzasadnione.

– *Wartość likwidacyjna zgodnie z rocznym sprawozdaniem finansowym spółki WestSpiel*

- (112) Argument przedstawiony przez Niemcy („wartość likwidacyjna spółki WestSpiel byłaby ujemna”) w celu odrzucenia scenariusza likwidacji znajduje w każdym razie potwierdzenie w ustaleniach zawartych w rocznych sprawozdaniach finansowych oraz w rocznych skonsolidowanych sprawozdaniach finansowych/sprawozdaniach zarządu grupy WestSpiel sporządzonych przez [inną renomowaną firmę audytorską] („sprawozdania [XY]”).
- (113) W szczególności relacja między zobowiązaniami a kapitałem w okresie od 2009 r. do 2015 r. przedstawiona w tych dokumentach doprowadziłaby do ujemnej wartości likwidacyjnej spółki WestSpiel: zgodnie z rocznym sprawozdaniem finansowym za rok obrotowy 2009 łączna kwota zobowiązań spółki WestSpiel wynosiła 25,3 mln EUR, a kapitał spółki wynosił 27,9 mln EUR. Następnie, począwszy od roku obrotowego 2010 r., kwota zobowiązań (na poziomie 22,7 mln EUR) przekraczała kapitał spółki WestSpiel (22,1 mln EUR) i sytuacja ta nie zmieniła się aż do 2015 r. W związku z tym, po zaspokojeniu wierzycieli na podstawie § 148 ust. 5 zdanie pierwsze HGB poprzez wyrównanie zobowiązań kapitałem, spółka WestSpiel rzeczywiście wykazałaby ujemną wartość likwidacyjną, zgodnie z twierdzeniem Niemiec.

- (114) Na podstawie powyższej oceny i sytuacji opisanej przez Niemcy, jak wskazano w motywach 69–71, Komisja uważa, że w momencie przyznania corocznego pokrywania strat likwidacja spółki WestSpiel nie była ekonomicznie uzasadnioną alternatywą dla corocznego pokrywania strat.

– *Scenariusz 2: sprzedaż spółki WestSpiel*

- (115) W swoich uwagach dotyczących decyzji o wszczęciu postępowania Niemcy wyjaśniają, że jedynym sposobem, w jaki NRW.BANK mógłby uniknąć obciążenia spowodowanego stratami spółki WestSpiel, byłaby sprzedaż (zob. motywy 72–74). Niemcy uważają, że sprzedaż przed 2015 r. nie skutkowałaby uzyskaniem przez nie satysfakcjonującej ceny, a tym samym doprowadziłaby do poniesienia strat. Niemcy przedstawiają dowody w formie odniesienia do s. 101 sprawozdania [IBR], w którym stwierdzono, że saldo płatności spółki WestSpiel, nawet przy planowanym wówczas zastrzyku kapitałowym w postaci cichego udziału, stanie się dodatnie dopiero w latach 2021–2023. Jak wyjaśniono w motywie 30, spółkę WestSpiel ostatecznie sprzedano grupie Gauselmann we wrześniu 2021 r. za cenę zakupu wynoszącą 141,8 mln EUR.
- (116) Z następujących powodów Komisja uważa, że porównywalny inwestor prywatny nie rozważałby również sprzedaży WestSpiel w okresie, w którym NRW.BANK zdecydował się nadal pokrywać straty spółki WestSpiel.

– *Ocena ogólnej sytuacji finansowej spółki WestSpiel w latach 2009–2015*

- (117) Podobnie jak w przypadku pierwszego scenariusza (zob. motywy 112–114) Komisja ponownie zbadała dowody przedstawione przez Niemcy na podstawie rocznych sprawozdań finansowych spółki WestSpiel oraz sprawozdań [XY] za lata 2009–2015 i zauważa, że zawarte w nich dane liczbowe potwierdzają brak racjonalności sprzedaży spółki WestSpiel w tym czasie.
- (118) W przypadku pierwszego scenariusza (likwidacji) Komisja ograniczyła swoją ocenę rocznych sprawozdań finansowych i sprawozdań [XY] do relacji między kapitałem spółki WestSpiel a jej zarejestrowanymi zobowiązaniami wobec osób trzecich. W odniesieniu do drugiego scenariusza (sprzedaży) Komisja uważa, że aby ocenić racjonalność sprzedaży, należy dodatkowo przeanalizować ogólną sytuację gospodarczą spółki WestSpiel w poszczególnych latach oraz szacunki konsultantów [XY] dotyczące przyszłego rozwoju sytuacji w zakresie rentowności spółki WestSpiel.
- (119) Na podstawie dostępnych rocznych sprawozdań finansowych i sprawozdań [XY] Komisja wyciąga następujące wnioski w odniesieniu do sytuacji spółki WestSpiel w latach 2009–2015:
- zgodnie ze sprawozdaniami [XY] w 2009 r. spółka WestSpiel odnotowała już spadek przychodów z gier brutto, co można powiązać ze zmianami w przepisach krajowych dotyczących polityki zwalczania palenia w Nadrenii Północnej-Westfalii obowiązujących od 2007 r. oraz bardziej rygorystycznymi kontrolami wstępu do kasyn, a także z rozwojem gier komercyjnych/nielegalnych gier w internecie i nowym systemem podatkowym dla kasyn w kraju związkowym NRW obowiązującym od dnia 1 stycznia 2008 r. W 2009 r. spółka WestSpiel odnotowała ostateczne straty netto w wysokości 7,9 mln EUR. Do tego czasu spółka WestSpiel nadal podlegała 50 % opodatkowaniu przychodów swoich kasyn z gier brutto⁽⁵⁰⁾. Ze sprawozdania [XY] wynika, że kierownictwo spółki WestSpiel, a zatem również NRW.BANK jako jej jedyny komandytariusz, byli świadomi tej sytuacji i zagrożenia dla kontynuacji działalności spółki. W związku z tym kierownictwo spółki WestSpiel wprowadziło szereg środków zapobiegawczych, takich jak rozpoczęcie procesu restrukturyzacji i złożenie wniosków o obniżenie podatku od kasyn w odniesieniu do kasyn w określonych lokalizacjach,
 - w 2010 r. sytuacja kształtowała się podobnie jak w 2009 r. i podjęto dodatkowe środki na rzecz zmniejszenia kosztów, takie jak dostosowanie produktów i ofert. Przewidywano, że ostateczna strata netto w 2012 r. wyniesie 12 mln EUR (prawie dwa razy więcej niż ostateczna strata netto w 2010 r., która wyniosła 5,8 mln EUR),

⁽⁵⁰⁾ Zob. § 12 ustawy SpielbG NRW wprowadzony przez Gesetz des Landes Nordrhein-Westfalen zum Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland z dnia 30 października 2007 r.; GV. NRW. Ausgabe 2007 Nr. 24 vom 14.11.2007 Seite 441 bis 460 | RECHT.NRW.DE.

- w 2011 r. w sprawozdaniu [XY] odnotowano niewielką poprawę sytuacji spółki WestSpiel, przy czym straty netto były niższe i wyniosły 3,5 mln EUR,
 - straty netto w 2012 r. wzrosły do 10,3 mln EUR, a przychody spółki WestSpiel z gier brutto stale malały. W sprawozdaniu [XY] mino to wykazano niemal zbilansowane rachunki za ten rok dzięki pozytywnym rocznym wynikom kasyna w Duisburgu. Niemniej jednak kierownictwo spodziewało się, że płynność spółki WestSpiel w 2013 r. będzie poważnie zagrożona,
 - od 2012 r. obowiązywał nowy model podatku od kasyn o niższej podstawie opodatkowania przychodów z gier brutto wynoszącej 30 %, jak opisano w motywach 31 i 33⁽⁵¹⁾. Spółka WestSpiel nadal odnotowywała straty netto w wysokości 8,96 mln EUR w 2013 r., co skłoniło zarząd do opracowania planu dalszej restrukturyzacji w celu zapewnienia płynności do 2022 r., obejmującej sprzedaż dzieł sztuki i zastrzyk kapitałowy po odprowadzeniu zysków, jak opisano w motywach 46 i 47. W sprawozdaniu [XY] prognozuje się, że w wyniku restrukturyzacji ostateczny zysk netto w 2014 r. wyniesie 4,4 mln EUR,
 - zgodnie ze sprawozdaniem [XY] za 2014 r. w wyniku wdrożenia środków restrukturyzacyjnych spółka WestSpiel osiągnęła dodatni wynik w postaci zysku netto w wysokości 3,3 mln EUR, a następnie odnotowała straty netto poniżej 1 mln EUR w 2015 r.
- (120) W związku z tym dokumenty, którymi dysponuje Komisja, stanowią poparcie twierdzenia Niemiec, że w żadnym momencie w latach 2009–2015 spółka WestSpiel nie była atrakcyjną inwestycją dla teoretycznego nabywcy ze względu na jej ciągłe straty netto i pojawiające się trudności związane z wyzwaniami prawnymi na szczeblu krajowym.
- (121) Jeśli chodzi o odniesienie się Niemiec do prognozy dotyczącej płynności spółki WestSpiel na s. 101 sprawozdania [IBR] (na podstawie rocznych sprawozdań finansowych/sprawozdań [XY] za 2013 r. i 2014 r.), Komisja zauważa, że wbrew temu, co twierdzą Niemcy, analiza nie uwzględnia sytuacji obejmującej zastrzyk kapitałowy w ramach restrukturyzacji, lecz rozwój płynności spółki WestSpiel bez planowanego zastrzyku kapitałowego (po sprzedaży dzieł sztuki i odprowadzeniu zysków). Ta błędna interpretacja sprawozdania [IBR] przez Niemcy nie zmienia jednak opinii Komisji, a wręcz ją potwierdza, ponieważ z wykresu w motywie 74 wynika, że bez zastrzyku kapitałowego saldo płynności spółki WestSpiel pozostałoby ujemne do 2021 r. W związku z tym zdaniem Komisji nie jest realistyczne, aby NRW.BANK mógł zrekompensować straty poniesione w kapitale przekazanym spółce WestSpiel ceną zakupu uzyskaną ze sprzedaży w tym momencie.
- (122) Ponadto sprzedaż przedsiębiorstwa, podobnie jak likwidacja, wiąże się ze złożonym i długotrwałym procesem prawnym. Oprócz ogólnych zasad określonych w prawie handlowym i prawie spółek obowiązują również wymogi prawa pracy dotyczące np. przeniesienia personelu zgodnie z § 613a BGB oraz opracowywania planów socjalnych w rozumieniu § 112 niemieckiej ustawy o ustroju zakładowym (Betriebsverfassungsgesetz, BetrVG), a także prawa podatkowego (takie jak obowiązek zapłaty podatku dochodowego, podatku od działalności gospodarczej i podatku od osób prawnych oraz podatku od wartości dodanej) oraz prawa konkurencji (dotyczącego ewentualnego połączenia podlegającego unijnym przepisom dotyczącym kontroli łączenia przedsiębiorstw).
- (123) W związku z powyższym Komisja uważa, że sprzedaż spółki WestSpiel nie była dla Niemiec rozsądną opcją w momencie przyznania corocznego pokrywania strat.

— Ocena scenariusza faktycznego (coroczne pokrywanie strat)

⁽⁵¹⁾ Zob. § 12 ustawy SpielbG NRW, zmieniony § 3 Gesetz zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag – Erster GlüÄndStV); GV. NRW. Ausgabe 2012 Nr. 29 vom 22.11.2012 Seite 523 bis 546 | RECHT.NRW.DE.

- (124) Komisja uważa, że scenariusz faktyczny wybrany przez NRW.BANK jest najbardziej racjonalnym podejściem udziałowca.
- (125) Zasadniczo coroczne pokrywanie strat przez udziałowców jest również powszechną praktyką w przedsiębiorstwach, często realizowaną na podstawie umów o transferze zysków i strat w ramach struktur korporacyjnych, zawieranych pomiędzy spółką dominującą a jej spółkami zależnymi⁽⁵²⁾. Ponadto takie coroczne pokrywanie strat można raczej postrzegać jako bierne zachowanie inwestora, ponieważ zgodnie z niemieckim prawem spółek udziałowcy są zobowiązani do pokrywania strat w rocznych sprawozdaniach finansowych spółki z udziałów kapitałowych, jak wyjaśniono w motywach 103 i 104, w związku z czym coroczne pokrywanie strat okazuje się czysto automatycznym mechanizmem, który nie wymaga odrębnej decyzji udziałowca.
- (126) W związku z tym Komisja jest zdania, że nawet bez ekspertyzy lub innych dokumentów uzupełniających spośród trzech scenariuszy (natychmiastowa sprzedaż/likwidacja/brak działania) inwestor prywatny wybrałby trzeci scenariusz.
- (127) W tym sensie sprzedaży spółki bezpośrednio po tym, jak zaczęła przynosić straty, ani zainwestowania nowego kapitału w celu utrzymania (przynoszącej straty) spółki nie można uznać za zgodne z testem prywatnego inwestora w każdym przypadku. W rzeczywistości każda decyzja (czy to zbycie, zachowanie *status quo*, czy dokapitalizowanie) wymaga oceny merytorycznej, rozpatrywanej indywidualnie, i porównania z postępowaniem ostrożnego inwestora rynkowego.

– Wnioski dotyczące korzyści

- (128) W związku z powyższym Komisja stwierdza, że domniemane coroczne pokrywanie strat nie przysporzyło WestSpiel korzyści gospodarczej, ponieważ takie płatności pochłaniały jedynie kapitał własny spółki WestSpiel (zob. motywy 100–104) oraz ponieważ NRW.BANK postępował w sposób racjonalny pod względem ekonomicznym przy podejmowaniu decyzji o utrzymaniu swojego wkładu kapitałowego w spółce WestSpiel w tym sensie, że z ekonomicznego punktu widzenia sensowne było powstrzymanie się od sprzedaży ze stratą i czekanie na lepszą sytuację (nawet jeśli prawdopodobnie mogło to oznaczać dalsze ponoszenie strat, tj. dalsze zmniejszenie kapitału spółki WestSpiel), gdy spółka WestSpiel mogłaby rekompensować to zużycie kapitału poprzez sprzedaż spółki WestSpiel z zyskiem.

6.1.2. Domniemany zastrzyk kapitałowy w 2015 r.

6.1.2.1. Związek między mechanizmem odprowadzania zysków a zastrzykiem kapitałowym

- (129) W celu podjęcia decyzji, czy domniemany zastrzyk kapitałowy należy zakwalifikować jako pomoc państwa, Komisja musi najpierw ocenić, czy odprowadzenie zysków w 2014 r.⁽⁵³⁾ i zastrzyk kapitałowy w wysokości 64,8 mln EUR dokonany przez kraj związkowy NRW na rzecz spółki WestSpiel w 2015 r. należy uznać za dwa różne środki, czy za jedną operację.
- (130) Z informacji przekazanych przez Niemcy na temat systemu zastrzyku kapitałowego (zob. motywy 48 i 49) wynika, że zobowiązanie NRW.BANK do wniesienia dodatkowego kapitału na rzecz spółki WestSpiel stało się prawnie wiążące z dniem 1 grudnia 2015 r. zgodnie z umową powierniczą i po spełnieniu warunku dotyczącego płatności („[...] nie przed podpisaniem umowy cichej spółki [...]”, jak wyjaśniono w motywie 26). W związku z tym Komisja jest zdania, że faktyczną datą przyznania środka był dzień 1 grudnia 2015 r. Stanowiska Komisji

⁽⁵²⁾ Zob. np. decyzja Komisji C(2011) 632 final z dnia 23 lutego 2011 r. w sprawie pomocy państwa SA.20255 C 58/06 (ex NN 98/05) udzielonej przez Niemcy na rzecz przedsiębiorstw Bahnen der Stadt Monheim (BSM) oraz Rheinische Bahngesellschaft (RBG) w Verkehrsverbund Rhein Ruhr (Związek Komunikacyjny Renu-Ruhry) (Dz.U. L 210 z 17.8.2011, s. 1); decyzja Komisji C(2011) 3899 z dnia 15 czerwca 2011 r. w sprawie pomocy państwa SA.31296 (N 322/2010) – Niemcy – Kommunale Wasserwerke Leipzig GmbH (Dz.U. C 1 z 4.1.2013, s. 2); decyzja Komisji C(2024) 2781 final z dnia 13 czerwca 2024 r. w sprawie pomocy państwa SA.55744 (2024/C) (ex 2019/FC) – Domniemana pomoc na rzecz WestVerkehr (Dz.U. C, C/2024/4762, 30.7.2024, s. 1); decyzja Komisji C(2022) 639 final z dnia 31 stycznia 2022 r. w sprawie pomocy państwa SA.50952 (2022/C) (ex 2018/FC) – Domniemane środki pomocy państwa na rzecz DB Cargo (Dz.U. C 316 z 18.8.2022, s. 20). Praktyka ta znajduje również potwierdzenie w § 302 ust. 1 AktG, który wyraźnie przewiduje możliwość corocznego pokrywania strat przez drugą stronę umowy o kontroli lub przekazywaniu zysków.

⁽⁵³⁾ Na podstawie § 14 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu) (zob. motyw 32), który wymagał od spółki WestSpiel przekazania na rzecz NRW 75 % jej całkowitych rocznych zysków, czyli kwoty około 82 mln EUR po sprzedaży dwóch dzieł sztuki.

nie zmienia również fakt, że środki w ramach wkładu przekazano z kraju związkowego NRW do NRW.BANK jako powiernika w dniu 10 grudnia 2015 r. oraz że ostateczny transfer tych środków z NRW.BANK do spółki WestSpiel miał miejsce w dniu 15 grudnia 2015 r., ponieważ stanowiło to jedynie zakończenie procesu.

- (131) Niemcy uważają, że mechanizm odprowadzania zysków i zastrzyk kapitałowy należałoby postrzegać jako jedną operację oraz że kraj związkowy NRW mógł równie dobrze zmienić § 14 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu) zamiast dokonywać zastrzyku kapitałowego na rzecz spółki WestSpiel.
- (132) Według Niemiec oceniane całościowo odprowadzenie zysków w 2014 r. w wysokości około 82 mln EUR w połączeniu z „ponownym zastrzykiem” w 2015 r. na rzecz spółki WestSpiel w wysokości 64,8 mln EUR doprowadziło do przepływu środków finansowych netto w kwocie ok. 17,2 mln EUR ze spółki WestSpiel do państwa. W oparciu o tę opinię Niemcy twierdzą, że, jeżeli w ogóle, środek ten przyniósł spółce WestSpiel raczej szkodę niż korzyść. Komisja nie zgadza się jednak z tą argumentacją. W istocie odprowadzenie zysków i zastrzyk kapitałowy nie są podśrodkami jednego złożonego środka. Są to dwa różne środki i każdy opiera się na odrębnym rozumowaniu. W niniejszej sprawie zastrzyku kapitałowego nie można postrzegać jako podśrodka jednego ogólnego środka. Środki pieniężne zapłacone przez spółkę WestSpiel na pierwszym etapie, w ramach mechanizmu odprowadzania zysków na podstawie § 14 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu), były należne jako podatek i zostały pobrane przez państwo działające jako organ państwowy.
- (133) Zastrzyk kapitałowy jest odrębnym środkiem, ponieważ wyraźnie wynika z jego charakteru i przedmiotu, kontekstu, zamierzonego celu oraz zasad, którym podlega: W przeciwieństwie do mechanizmu odprowadzania zysków zastrzyk kapitałowy nie jest środkiem podatkowym, ponieważ nie jest stosowany przez państwo jako organ władzy podatkowej, lecz wynika z decyzji państwa jako udziałowca, a zatem inwestora. Co więcej, środków tych nie przyjęto na tych samych zasadach ani przy zastosowaniu tych samych warunków działania. System odprowadzania zysków przyjęto już w 2008 r., natomiast zastrzyk kapitałowy przyznano w dniu 1 grudnia 2015 r., jak wyjaśniono w motywie 130. „Podejście dwuetapowe” (tj. odprowadzenie zysków w 2014 r. i ponowny zastrzyk kapitału w 2015 r.), do którego odnosiły się Niemcy, zrealizowano w tej kolejności ze względu na system podatkowy, który utworzono siedem lat wcześniej i utrzymano po zastrzyku kapitałowym. Nie można również twierdzić, że ten zastrzyk kapitałowy był przewidywalny w momencie tworzenia mechanizmu odprowadzania zysków.
- (134) Ponadto okoliczność, że kraj związkowy NRW nie zmienił ustawy SpielbG NRW w celu zrekompensowania „ograniczenia strukturalnego” spowodowanego mechanizmem odprowadzania zysków, pokazuje, iż kraj związkowy NRW uznał mechanizm odprowadzania zysków za czynnik zewnętrzny, a nie za część umów udziałowców ze spółką WestSpiel. W związku z tym mechanizmu odprowadzania zysków i zastrzyku kapitałowego nie można postrzegać jako jednej operacji, lecz należy je rozpatrywać jako dwa różne środki.

– *Wniosek dotyczący związku między mechanizmem odprowadzania zysków a zastrzykiem kapitałowym*

- (135) W związku z powyższym Komisja stwierdza, że argumentacji Niemiec dotyczącej istnienia jednej operacji nie można wykorzystać do wykluczenia istnienia korzyści, ponieważ odprowadzanie zysków i zastrzyk kapitałowy należy uznać za dwa niezależne środki.

6.1.2.2. Ocena zastrzyku kapitałowego

- (136) Ponieważ odprowadzanie zysków i zastrzyk kapitałowy są niezależnymi środkami (zob. sekcja 6.1.2.1), oba te środki należy ocenić oddzielnie. Mechanizm odprowadzania zysków przewidziany w § 14 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu) nie stanowi pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Już z charakteru mechanizmu odprowadzania zysków wynika, że nie dochodzi do przekazania zasobów państwowych, które mogłyby poprawić sytuację gospodarczą przedsiębiorstwa, ponieważ środki przepływają z publicznego kasyna do państwa, a nie odwrotnie. Poniższa ocena będzie zatem koncentrować się wyłącznie na zastrzyku kapitałowym.

6.1.2.2.1. Przedsiębiorstwo

- (137) Zasady pomocy państwa mają zastosowanie wyłącznie wówczas, gdy beneficjentem środka jest przedsiębiorstwo. Trybunał Sprawiedliwości konsekwentnie definiuje przedsiębiorstwa jako podmioty prowadzące działalność gospodarczą, niezależnie od ich formy prawnej i sposobu ich finansowania ⁽⁵⁴⁾. A zatem zakwalifikowanie określonego podmiotu jako przedsiębiorstwa zależy całkowicie od charakteru jego działalności ⁽⁵⁵⁾.
- (138) Spółka WestSpiel jako publiczne kasyno oferuje na rynku usługi (w szczególności usługi w zakresie gier hazardowych, ale również usługi gastronomiczne) za wynagrodzeniem (opłaty za wstęp, część postawionych zakładów, opłaty za inne usługi). Spółka WestSpiel prowadzi zatem działalność gospodarczą z punktu widzenia pomocy państwa, w związku z czym spółkę tę można zakwalifikować jako przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.

6.1.2.2.2. Zasoby państwowe i możliwość przypisania środka państwu

- (139) Jedynie korzyści przyznane bezpośrednio lub pośrednio z zasobów państwowych stanowią pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE ⁽⁵⁶⁾. Zasoby państwowe obejmują wszystkie zasoby sektora publicznego ⁽⁵⁷⁾, w tym zasoby podmiotów wewnątrzpaństwowych (zdecentralizowanych, sfederowanych, regionalnych lub innych) ⁽⁵⁸⁾ oraz, w określonych okolicznościach, zasoby organów prywatnych. Nie ma znaczenia fakt, czy dana instytucja sektora publicznego jest autonomiczna czy nie ⁽⁵⁹⁾.
- (140) Zasoby przedsiębiorstw publicznych także stanowią zasoby państwowe w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, ponieważ państwo może decydować o wykorzystaniu tych zasobów ⁽⁶⁰⁾. Do celów przepisów z zakresu pomocy państwa przekazania w obrębie grupy przedsiębiorstw publicznych również mogą stanowić pomoc państwa, na przykład jeżeli zasoby są przekazywane ze spółki dominującej do jej spółki zależnej (nawet jeśli z ekonomicznego punktu widzenia są one jednym przedsiębiorstwem) ⁽⁶¹⁾. Decydujące znaczenie dla uznania zasobów finansowych za zasoby państwowe ma nie faktyczne przekazanie zasobów, lecz fakt, że zasoby te znajdują się pod kontrolą państwa i że władze państwowe dysponują tymi zasobami ⁽⁶²⁾.
- (141) W przypadkach, w których organ publiczny przyznaje korzyść beneficjentowi, środek z definicji można przypisać państwu. Możliwość przypisania środka pomocy państwu jest jednak mniej oczywista, jeżeli korzyści przyznaje się za pośrednictwem przedsiębiorstw publicznych. W takich przypadkach należy ustalić, czy możliwe jest uznanie, że organy publiczne uczestniczyły w taki lub inny sposób w przyjęciu tego środka ⁽⁶³⁾. Sam fakt, że środek jest wprowadzany przez przedsiębiorstwo publiczne, nie jest wystarczający, aby móc przypisać ten środek państwu ⁽⁶⁴⁾. Dlatego też możliwość przypisania państwu środka podjętego przez przedsiębiorstwo publiczne można wywnioskować na podstawie zestawu wskaźników wynikających z okoliczności danej sprawy oraz kontekstu, w którym podjęto dany środek ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 września 2000 r., Pavlov i in., sprawy połączone od C-180/98 do C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, pkt 74; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 stycznia 2006 r., Cassa di Risparmio di Firenze i in., C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, pkt 107.

⁽⁵⁵⁾ Zob. pkt 6 i 7 zawiadomienia Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. C 262 z 19.7.2016, s. 1).

⁽⁵⁶⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 1978 r., Van Tiggele, sprawa C-82/77, ECLI:EU:C:1978:10, pkt 25 i 26; wyrok Sądu z dnia 12 grudnia 1996 r., Air France/Komisja, sprawa T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, pkt 63.

⁽⁵⁷⁾ Wyrok Sądu z dnia 12 grudnia 1996 r., Air France/Komisja, sprawa T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, pkt 56.

⁽⁵⁸⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 października 1987 r., Niemcy/Komisja, sprawa C-248/84, ECLI:EU:C:1987:437, pkt 17; wyrok Sądu z dnia 6 marca 2002 r., Territorio Histórico de Álava i in./Komisja, sprawy połączone T-92/00 i 103/00, ECLI:EU:T:2002:61, pkt 57.

⁽⁵⁹⁾ Wyrok Sądu z dnia 12 grudnia 1996 r., Air France/Komisja, sprawa T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, pkt 58–62.

⁽⁶⁰⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 maja 2002 r., Francja/Komisja (Stardust), sprawa C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, pkt 38; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 kwietnia 2004 r., Grecja/Komisja, sprawa C-278/00, ECLI:EU:C:2004:239, pkt 53 i 54; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 8 maja 2003 r., Włochy i SIM 2 Multimedia/Komisja, sprawy połączone C-328/99 i C-399/00, ECLI:EU:C:2003:252, pkt 33 i 34.

⁽⁶¹⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 lipca 1996 r., SFEI i in., sprawa C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, pkt 62.

⁽⁶²⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 maja 2002 r., Francja/Komisja (Stardust), sprawa C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, pkt 36 i 37.

⁽⁶³⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 maja 2002 r., Francja/Komisja (Stardust), sprawa C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, pkt 52.

⁽⁶⁴⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 maja 2002 r., Francja/Komisja (Stardust), sprawa C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294; wyrok Sądu z dnia 26 czerwca 2008 r., SIC/Komisja, sprawa T-442/03, ECLI:EU:T:2008:228, pkt 93–100.

⁽⁶⁵⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 maja 2002 r., Francja/Komisja (Stardust), sprawa C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, pkt 55.

- (142) Jeżeli chodzi o wniosek Komisji zawarty w motywie 94 decyzji o wszczęciu postępowania, zgodnie z którym zastrzyk kapitałowy przyznano z zasobów państwowych, Niemcy twierdzą (zob. motyw 82), że zastrzyk kapitałowy nie wiązał się z wykorzystaniem zasobów państwowych, ponieważ wniesiony kapitał faktycznie pochodził ze sprzedaży dwóch dzieł sztuki spółki WestSpiel, a zatem z kwoty 114,4 mln EUR, którą nabywca zapłacił za dzieła sztuki.
- (143) Jeżeli chodzi o kryterium zasobów państwowych, Komisja nie zgadza się z argumentacją Niemiec, ponieważ odprowadzenie zysków w wysokości około 82 mln EUR było działaniem podjętym między sprzedażą dzieł sztuki a zastrzykiem kapitałowym. Poprzez odprowadzenie zysków kwota ta została przekazana państwu ze spółki WestSpiel i od tego momentu nie można uznać, że zasoby te miały charakter prywatny, kontrolę nad tymi zasobami sprawowało państwo.
- (144) Jeżeli chodzi o możliwość przypisania środka, Komisja zauważa, że decyzję o zastrzyku kapitałowym podjął kraj związkowy NRW, jak opisano w motywach 47–49, oraz że uwagi dotyczące pokrycia strat zawarte w motywie 70 decyzji o wszczęciu postępowania mają zastosowanie odpowiednio (zob. motyw 95 decyzji o wszczęciu postępowania). Jak wyjaśniono w odnośnym dokumencie, Komisja stwierdza, że: (i) NRW.BANK jest bankiem prorozwojowym kraju związkowego NRW, którego misją jest wspieranie swojego właściciela – kraju związkowego NRW – w realizacji jego zadań z zakresu polityki strukturalnej i gospodarczej, (ii) kraj związkowy NRW jest gwarantem NRW.BANK oraz (iii) w skład organów zarządzających NRW.BANK – szczególności rady gwarantów i organu nadzorczego – wchodzi w większości osoby pełniące funkcje publiczne.
- (145) W motywie 70 decyzji o wszczęciu postępowania Komisja stwierdziła również, że uwagi te będą przedmiotem dodatkowych wyjaśnień, w szczególności w odniesieniu do struktury NRW.BANK, jego procesów decyzyjnych oraz zaangażowania państwa w (ewentualne) decyzje. W tym kontekście Komisja stwierdza, co następuje:
- zgodnie ze sprawozdaniem na temat zarządzania publicznego stanowiącym część sprawozdania finansowego NRW.BANK za 2015 r.⁽⁶⁶⁾ kraj związkowy NRW jest gwarantem i jedynym udziałowcem NRW.BANK. W tym kontekście kraj związkowy NRW wyposażył NRW.BANK w konkretne instrumenty w zakresie odpowiedzialności (a mianowicie odpowiedzialność instytucjonalną i odpowiedzialność gwaranta) oraz udzielił wyraźnej gwarancji refinansowania,
 - NRW.BANK dysponuje radą gwarantów, w której kraj związkowy NRW wykonuje swoje prawa w ramach swoich uprawnień i jako właściciel NRW.BANK, oraz wykonuje swoje prawa głosu za pośrednictwem dwóch przedstawicieli. Inni członkowie rady gwarantów to minister gospodarki kraju związkowego NRW, minister finansów kraju związkowego NRW oraz minister mieszkalnictwa kraju związkowego NRW, a także członkowie z urzędu,
 - w odniesieniu do rady administracyjnej NRW.BANK w sprawozdaniu na temat zarządzania publicznego wyjaśniono, że jako organ nadzorczy NRW.BANK jej zadaniem jest monitorowanie zarządzania prowadzonego przez zarząd oraz powoływanie i odwoływanie członków zarządu. W 2015 r. w skład rady administracyjnej wchodziło łącznie 15 członków, z których 7 członków, a zatem większość, było delegowanych przez kraj związkowy NRW jako gwaranta NRW.BANK,
 - ponadto NRW.BANK jest dodatkowo nadzorowany przez państwo, a konkretnie przez ministerstwo spraw wewnętrznych kraju związkowego NRW oraz ministerstwo mieszkalnictwa kraju związkowego NRW (w odniesieniu do spraw związanych z mieszkalnictwem).
- (146) W świetle przedstawionych powyżej wskaźników Komisja zauważa, że pełniąc rolę jedyne go gwaranta NRW.BANK, wykonując prawo głosu za pośrednictwem swoich ministrów w radzie gwarantów i delegując większość członków organu nadzorczego, który kontroluje działania zarządu NRW.BANK, kraj związkowy NRW, a tym samym państwo wywierało decydujący wpływ na NRW.BANK oraz na decyzje podejmowane w ramach jego podmiotów posiadających osobowość prawną w momencie wniesienia kapitału do spółki WestSpiel w 2015 r. W związku z tym Komisja zauważa, że zastrzyk kapitałowy również można uznać za możliwy do przypisania państwu.
- (147) W związku z tym Komisja uważa, że w odniesieniu do zastrzyku kapitałowego dokonanego w 2015 r. działania NRW.BANK wiążą się z przekazaniem zasobów państwowych i można je przypisać państwu.

⁽⁶⁶⁾ Zob. sprawozdanie finansowe NRW.BANK za 2015 r., s. 7–23.

6.1.2.2.3. Korzyść

- (148) Jak opisano powyżej, korzyść w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE oznacza każdą korzyść gospodarczą, której dane przedsiębiorstwo nie uzyskałoby w normalnych warunkach rynkowych, tj. bez ingerencji państwa. Zgodnie z orzecznictwem unijnych sądów, aby ocenić istnienie korzyści, należy porównać sytuację finansową przedsiębiorstwa po przyznaniu środka z jego sytuacją finansową, która miałaby miejsce, jeżeli nie wdrożono by środka ⁽⁶⁷⁾.
- (149) W motywie 76 decyzji o wszczęciu postępowania Komisja uznała, że zastrzyk nowego kapitału w wysokości 64,8 mln EUR dokonany przez kraj związkowy NRW w 2015 r. przyniósł, jako środek rozpatrywany oddzielnie, korzyść spółce WestSpiel. W tym względzie Komisja zauważyła, że odprowadzanie zysków, jak przyznały Niemcy, stanowi podatek w rozumieniu niemieckiej ordynacji podatkowej, podczas gdy zastrzyk kapitałowy dokonany w 2015 r. miał inny charakter.
- (150) W swoich uwagach dotyczących decyzji o wszczęciu postępowania Niemcy utrzymują, że zastrzyk kapitałowy w przedmiotowej sprawie nie przyniósł korzyści spółce WestSpiel, przedstawiając pięć argumentów. Po pierwsze, zastrzyk kapitałowy stanowił jedynie częściowe ponowne wniesienie zysków odprowadzonych ze spółki WestSpiel. Po drugie, zastrzyk był zgodny z testem prywatnego inwestora, biorąc pod uwagę, że poprzez wniesienie kapitału kraj związkowy NRW działał jak inwestor prywatny w porównywalnych okolicznościach. Po trzecie, Niemcy wyjaśniają, że zastrzyk kapitałowy nie stanowił pomocy państwa, ponieważ zrekompensował jedynie spółce WestSpiel jej ograniczenie strukturalne (związaną z wysokim obciążeniem podatkowym). Po czwarte, Niemcy twierdzą, że taki sam rezultat gospodarczy mógłby zostać osiągnięty poprzez zmianę przepisów (w celu zmniejszenia obciążenia podatkowego spółki WestSpiel). Po piąte, według Niemiec wszelka teoretyczna pomoc zostałaaby w znacznym stopniu zwrócona poprzez uzyskanie wyższej ceny sprzedaży spółki WestSpiel (zob. sekcja 4.2).

6.1.2.2.3.1. Ocena argumentu Niemiec, że zastrzyk kapitałowy był zgodny z testem prywatnego inwestora

- (151) Jak wyjaśniono w motywie 78, Niemcy są zdania, że zastrzyk kapitałowy dokonany w 2015 r. przez NRW.BANK odpowiadał zachowaniu inwestora prywatnego w porównywalnych okolicznościach, a zatem był zgodny z testem prywatnego inwestora. Niemcy twierdzą, że zastrzyk kapitałowy był niezbędny do przywrócenia rentowności spółki WestSpiel, a tym samym do utrzymania kapitału już zainwestowanego w spółkę. Niemcy opierają swoje rozumowanie dotyczące testu prywatnego inwestora na „perspektywie krótkoterminowej” ⁽⁶⁸⁾ i „perspektywie długoterminowej” ⁽⁶⁹⁾.

– *Możliwość zastosowania testu prywatnego inwestora*

- (152) Komisja zauważa, że aby można było powołać się na test prywatnego inwestora, test ten musi być przede wszystkim możliwy do zastosowania. Oznacza to, że musi istnieć możliwość porównania zachowania państwa z zachowaniem inwestora prywatnego, który nie korzysta z prerogatyw i przychodów organu podatkowego w stosunkach z przedsiębiorstwem. Aby spełnić kryteria testu prywatnego inwestora, państwo członkowskie musi jednoznacznie wykazać na podstawie obiektywnych i weryfikowalnych dowodów, że wdrożony środek wynika z jego działania w charakterze inwestora. Dowody te muszą wyraźnie wskazywać, że przed przyznaniem korzyści gospodarczej lub równocześnie z przyznaniem tej korzyści państwo członkowskie podjęło decyzję opartą na ocenach ekonomicznych porównywalnych z tymi, jakie w tych okolicznościach przeprowadziłby racjonalny inwestor prywatny przed dokonaniem inwestycji, aby określić jej przyszłą rentowność.
- (153) Komisja jest zdania, że Niemcy nie przedstawiły dowodów spełniających te kryteria, w związku z czym test prywatnego inwestora nie ma zastosowania do zastrzyku kapitałowego, jak wyjaśniono bezpośrednio poniżej.

⁽⁶⁷⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2 lipca 1974 r., Włochy/Komisja, sprawa C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, pkt 13.

⁽⁶⁸⁾ Niemcy wyjaśniają, że zastrzyk kapitałowy był zgodny z testem prywatnego inwestora jako samodzielny środek.

⁽⁶⁹⁾ Niemcy są zdania, że na podstawie orzecznictwa w sprawie EDF mogły uwzględnić w ocenie przyszłe wyższe dochody podatkowe. Ponadto Niemcy twierdzą, że zastrzyk kapitałowy był niezbędny do przywrócenia rentowności spółki WestSpiel, a tym samym do utrzymania kapitału już zainwestowanego w spółkę.

- (154) Zdaniem Niemiec ocenę *ex ante* przeprowadzono w ramach sprawozdania [IBR]. Sprawozdanie [IBR] ani żaden inny dokument przedstawiony przez Niemcy nie spełniają jednak kryteriów opisanych w motywie 152. Niemcy nie przeprowadziły żadnej oceny *ex ante* rentowności zastrzyku kapitałowego, w przeciwieństwie do tego, co zrobiliby inwestor działający w warunkach gospodarki rynkowej. Test prywatnego inwestora nie ma zastosowania do samego ponownego przekazania części podatku do przedsiębiorstwa bez żadnej analizy *ex ante* rentowności (zob. analogicznie wyrok Sądu w sprawie T-747/15, EDF przeciwko Komisji oraz postanowienie Trybunału w sprawie C-221/18 P, EDF przeciwko Komisji). W szczególności w sprawozdaniu [IBR] nie oceniono, czy zastrzyk kapitałowy dokonany w 2015 r. był rozsądną inwestycją, ani nie oceniono scenariuszy alternatywnych (likwidacja, sprzedaż lub brak działania zamiast zastrzyku kapitałowego).
- (155) Jak wyjaśniono w motywie 91 decyzji o wszczęciu postępowania, Komisja uważa, że Niemcy nie dysponowały elementami pozwalającymi na ustalenie, że dzięki zastrzykowi kapitałowemu kraj związkowy NRW wygenerowałyby – z perspektywy *ex ante* – dodatkowy zwrot z kapitału, którego nie wygenerowałyby w przypadku braku zastrzyku.
- (156) Sprawozdanie [IBR] nie zawiera takiej analizy scenariuszy alternatywnych, czyli sytuacji spółki WestSpiel bez zastrzyku kapitałowego, w porównaniu ze scenariuszem faktycznym, czyli sytuacji spółki WestSpiel z zastrzykiem kapitałowym. Jeżeli chodzi o odniesienie się Niemiec do s. 101 sprawozdania [IBR] (zob. motyw 74), jak wyjaśniono w motywie 121, w tej prognozie dotyczącej płynności spółki WestSpiel w latach 2015–2023 opisano jedynie rozwój przedsiębiorstwa bez planowanego zastrzyku kapitałowego (po sprzedaży dzieł sztuki i odprowadzeniu zysku), ale nie uwzględniono sytuacji obejmującej zastrzyk kapitałowy.
- (157) Na s. 106 sprawozdania [IBR] przedstawiono prognozę rozwoju płynności w latach 2014–2023 w odniesieniu do scenariusza zakładającego zastrzyk kapitałowy. Analiza tego scenariusza ogranicza się jednak do stwierdzenia, że „dzięki zastrzykowi kapitałowemu spółka WestSpiel KG dysponuje dodatkimi zasobami finansowymi w całym okresie planowania” oraz że płynność nie spadnie poniżej „minimalnej płynności wynoszącej 5 mln EUR” i „nieznacznie przekroczy minimalną płynność w II kwartale 2020 r.”. Poza tymi szacunkami nie ma innej analizy, w szczególności nie wyjaśniono, w jaki sposób zastrzyk kapitałowy konkretnie (pozytywnie) wpłynie na przyszłe wyniki finansowe spółki WestSpiel⁽⁷⁰⁾.
- (158) Ponadto, również w odniesieniu do ewentualnej likwidacji lub sprzedaży spółki WestSpiel jako scenariusza alternatywnego dla zastrzyku kapitałowego, sprawozdanie [IBR] nie zawiera żadnego opisu ani analizy hipotetycznego wdrożenia któregokolwiek z tych scenariuszy.
- (159) W związku z tym Niemcy nie przedstawiły ani szczegółowego biznesplanu, ani żadnej innej analizy porównującej ogólny scenariusz bez zastrzyku kapitałowego, w szczególności konkretne scenariusze alternatywne zakładające brak działania oraz likwidację lub sprzedaż, zawierające dokładne i pełne szacunki przyszłej rentowności oraz szczegółowe analizy kosztów i zysków, ze scenariuszem faktycznym obejmującym zastrzyk kapitałowy.
- *Wniosek dotyczący możliwości zastosowania testu prywatnego inwestora*
- (160) Na tej podstawie Komisja uważa, że test prywatnego inwestora nie ma zastosowania w przypadku zastrzyku kapitałowego.
- *Stosowanie testu prywatnego inwestora*
- (161) Bez uszczerbku dla powyższej oceny, w której Komisja stwierdza, że test prywatnego inwestora nie ma zastosowania, Komisja uważa, na podstawie dodatkowego toku rozumowania, że nawet gdyby test prywatnego inwestora miał zastosowanie, jego kryteria nie zostałyby spełnione.
- (162) Komisja zajmie się poniżej dwoma argumentami (perspektywą „krótkoterminową” i „długoterminową”) przedstawionymi przez Niemcy, jak wyjaśniono w motywie 78.
- *„Perspektywa krótkoterminowa” Niemiec*

⁽⁷⁰⁾ W szczególności nie ma odniesienia do zmian w rocznych przychodach z gier brutto.

- (163) Po pierwsze, w odniesieniu do perspektywy „krótkoterminowej” Niemiec, wyjaśnionej w motywie 78, przy rozważaniu zgodności zastrzyku kapitałowego dokonanego w 2015 r. z testem prywatnego inwestora jako samodzielnego środka (tj. bez uwzględnienia dochodów podatkowych z tytułu odprowadzania zysków), Komisja nie zgadza się, że dla inwestora prywatnego nie istniała żadna alternatywa dla modelu obejmującego trzy etapy (sprzedaż dzieł sztuki/odprowadzenie zysków/zastrzyk kapitałowy) i że jedyną możliwą alternatywą było niewdrożenie środków, a tym samym utrata całkowitej wartości udziału NRW.BANK w spółce WestSpiel oraz perspektywy przyszłych przychodów.
- (164) Komisja uważa, że wbrew jej stanowisku w odniesieniu do scenariuszy alternatywnych dotyczących corocznego pokrywania strat likwidacja lub sprzedaż spółki WestSpiel była ekonomicznie bardziej racjonalnymi wariantami w porównaniu z zastrzykiem kapitałowym dokonanym przez NRW.BANK w 2015 r. Taki zastrzyk kapitałowy, dokonany w celu utrzymania działalności, jest zgodny z testem prywatnego inwestora jedynie w przypadku, gdy można oczekiwać (na podstawie rozważań *ex ante*), że doprowadzi do osiągnięcia wyniku lepszego niż dwa pozostałe warianty. W każdym przypadku taki test należy przeprowadzić *ex ante*.
- (165) Komisja oceniła scenariusze alternatywne (likwidacja lub sprzedaż spółki WestSpiel lub brak działania) w porównaniu ze scenariuszem faktycznym (zastrzyk kapitałowy) wybranym przez NRW.BANK w celu ustalenia, czy inwestor prywatny w porównywalnych okolicznościach postąpiłby w ten sam sposób.
- (166) Ocena opiera się przede wszystkim na rocznych sprawozdaniach finansowych spółki WestSpiel oraz na sprawozdaniach [XY] za lata 2013 i 2014, ponieważ dokumenty te przedstawiają okres tuż przed podjęciem przez NRW.BANK decyzji o przyznaniu zastrzyku kapitałowego w grudniu 2015 r., a zatem są najbardziej odpowiednie do przedstawienia sytuacji spółki WestSpiel w momencie dokonania zastrzyku kapitałowego ⁽¹⁾. Komisja zbadała również prognozy i plany dotyczące zysków i strat, bilansu i przepływów pieniężnych spółki WestSpiel na lata 2015–2023, zgodnie z treścią sprawozdania [IBR].

– Ocena scenariuszy alternatywnych: likwidacja i sprzedaż

- (167) Zgodnie z rocznym sprawozdaniem finansowym spółki WestSpiel i sprawozdaniami [XY], jak wskazano w motywie 113, kwota zobowiązań przekraczała kapitał spółki WestSpiel w latach 2010–2015, a zatem również w latach 2013 i 2014. Dokładniej rzecz ujmując, w sprawozdaniu finansowym spółki WestSpiel w 2013 r. wykazano zobowiązania w wysokości 17,5 mln EUR i kapitał w wysokości 9,6 mln EUR, a w 2014 r. zobowiązania w wysokości 17,6 mln EUR i kapitał w wysokości około 14 mln EUR. W związku z tym Komisja uważa, że analogicznie w okresie poprzedzającym zastrzyk kapitałowy w grudniu 2015 r. likwidacja spółki WestSpiel była możliwa jedynie przy wartości ujemnej, tj. zobowiązania przekraczałyby kapitał spółki WestSpiel (zob. motyw 109). Również w odniesieniu do ewentualnej sprzedaży przedsiębiorstwo nie było w tamtym momencie zbyt atrakcyjne.
- (168) Mimo wysokiego prawdopodobieństwa, że NRW.BANK nie mógłby utrzymać swojego udziału w spółce WestSpiel przypadku lub sprzedaży w 2013 r. lub 2014 r., likwidacja lub sprzedaż przedsiębiorstwa lub możliwość niepodjęcia żadnych działań były nadal lepszym rozwiązaniem niż zastrzyk kapitałowy. W szczególności roczne sprawozdanie finansowe spółki WestSpiel należy oceniać z innej perspektywy w odniesieniu do zastrzyku kapitałowego i w odniesieniu do corocznego pokrywania strat, ponieważ sytuacje te nie są porównywalne:
- po pierwsze, rozsądny inwestor prywatny nie wniósłby dodatkowego kapitału w celu poprawy sytuacji przedsiębiorstwa, jeśli już znaczące inwestycje w przeszłości (coroczne pokrywanie strat od 2009 r.) nie przyniosły żadnych pozytywnych skutków w odniesieniu do sytuacji finansowej przedsiębiorstwa. Jak opisano w motywie 119, sytuacja spółki WestSpiel nie poprawiła się ze względu na coroczne pokrywanie strat. Wręcz przeciwnie, roczne przychody z gier brutto nadal spadały, a roczne straty netto utrzymywały się na wysokim poziomie aż do sprzedaży dzieł sztuki w 2014 r. W 2014 r. spółka WestSpiel osiągnęła niskie zyski netto. W momencie podjęcia decyzji o zastrzyku kapitałowym w 2014 r. inwestor prywatny byłby w stanie ocenić skutki corocznego pokrywania strat spółki WestSpiel w ciągu ostatnich pięciu lat i wyciągnąć wniosek, że sytuacja przedsiębiorstwa nadal się pogarszała. Rozsądny inwestor nie wniósłby zatem dodatkowego kapitału, podejmując ryzyko jeszcze większych strat finansowych, a zamiast tego natychmiast przystąpiłby do likwidacji lub sprzedaży przedsiębiorstwa,

⁽¹⁾ Sprawozdanie [IBR] opiera się również na informacjach handlowych spółki WestSpiel za lata 2013 i 2014, zob. s. 114 sprawozdania [IBR].

- po drugie, coroczne pokrywanie strat stanowiło czysto bierne zachowanie udziałowca, które nie wymagało żadnego konkretnego działania ani aktywnej decyzji, ponieważ proces, w którym udziałowcy spółki komandytowej rekompensują straty z kapitału własnego, wynika z obowiązku określonego w niemieckim prawie spółek (zob. motywy 103 i 104). Z kolei decyzja o zastrzyku nowego kapitału jest decyzją podejmowaną w ramach aktywnego działania i nie wynika z czystego automatyzmu prawnego. W związku z tym próg dla inwestora jest znacznie wyższy, zanim podejmie on decyzję o przyznaniu zastrzyku kapitałowego, zatem środek ten należy poddać bardziej rygorystycznej analizie niż sytuację, w której dokonuje się corocznego pokrywania strat w ramach opcji „braku działania”,
- po trzecie, nawet jeśli w odniesieniu do pokrywania strat Komisja argumentuje, że można zrozumieć, iż udziałowiec, który dokonał znacznej inwestycji (początkowy wkład kapitałowy) i przez długi czas tolerował straty w przedsiębiorstwie, powstrzymuje się od likwidacji lub sprzedaży przedsiębiorstwa (zob. motywy 107–125), nie dotyczy to jednak zastrzyku kapitałowego. Komisja uważa, że argumentem tym nie można posługiwać się przez nieograniczony czas i w odniesieniu do nieograniczonej kwoty strat ponoszonych przez przedsiębiorstwo, ponieważ dawałoby to inwestorowi możliwość dokonania początkowej inwestycji w przedsiębiorstwo, a następnie ponoszenia strat lub dokonywania dodatkowych płatności, bez konieczności ponownej oceny rentowności i racjonalności ciągłych inwestycji,
- po czwarte, Komisja odnotowuje raczej pozytywną prognozę sytuacji finansowej spółki WestSpiel na okres od 2021 r. do 2023 r., kiedy to oczekiwano zmiany salda płatności z ujemnego na dodatnie (zob. motywy 74 i 121). Niemniej jednak dla prywatnego inwestora powstrzymywanie się od likwidacji lub sprzedaży w 2015 r. (kiedy miał miejsce zastrzyk kapitałowy) i oczekiwanie na prognozowaną poprawę sytuacji finansowej przedsiębiorstwa nie byłoby dopuszczalne. Okres między 2015 r. a 2021 r. jest bardzo długi i nie byłoby rozsądne wymaganie od udziałowca odroczenia pilnej i koniecznej decyzji o kolejne sześć lat. W szczególności należy uwzględnić dodatkowe straty, które udziałowiec prawdopodobnie poniósłby w tych latach, a także niepewność gospodarczą i finansową, ponieważ prognoza nadal przewiduje ujemne saldo płatności spółki WestSpiel aż do punktu zwrotnego w 2021 r. W każdym razie, z powodów przedstawionych powyżej, rozsądną alternatywą dla sprzedaży lub likwidacji w 2015 r. nie był zastrzyk kapitałowy lecz jedynie możliwość niepodjęcia przez udziałowca żadnych działań i zaakceptowania dodatkowego corocznego pokrywania strat wynikającego z automatyzmu prawnego opartego na HGB, jak było to praktykowane w poprzednich latach.
- *Wnioski dotyczące oceny scenariuszy alternatywnych*

(169) W związku z tym, na podstawie argumentów przedstawionych w ocenie konkretnych scenariuszy alternatywnych, Komisja stwierdza, że porównywalny inwestor prywatny zdecydowałby się zlikwidować lub sprzedać przedsiębiorstwo lub nie podejmować żadnych działań zamiast dokonać kolejnej inwestycji poprzez wniesienie dodatkowego kapitału do przedsiębiorstwa przynoszącego straty, co groziłoby utratą, oprócz pozostałego kapitału, również nowo wniesionych kwot.

- *„Długoterminowa perspektywa” Niemiec*

(170) W odniesieniu do „długoterminowej” perspektywy Niemiec, jak wyjaśniono w motywie 78, Komisja uważa, że w świetle orzecznictwa w sprawie EDF⁽⁷²⁾ należy rozróżnić działanie państwa w roli inwestora z jednej strony (w ramach której dokonało ono zastrzyku kapitałowego) i jego działanie w roli organu publicznego (w ramach której uzyskało odprowadzone zyski).

⁽⁷²⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 czerwca 2012 r., Komisja/EDF, sprawa C-124/10, ECLI:EU:C:2012:318.

- (171) Jak stwierdził Trybunał, aby ocenić, czy prywatny podmiot gospodarczy działający w warunkach gospodarki rynkowej, który znajduje się w możliwie podobnej sytuacji co państwo, przedsięwziąłby taki środek w normalnych warunkach rynkowych, należy uwzględnić tylko te korzyści i zobowiązania, które są powiązane z rolą państwa jako podmiotu gospodarczego, natomiast nie te, które odnoszą się do jego roli jako podmiotu władzy publicznej⁽⁷³⁾.
- (172) Jeżeli chodzi o argument Niemiec, że dodatkowe⁽⁷⁴⁾ podatki spółki WestSpiel powinny zostać uwzględnione w przychodach przy ocenie zgodności zastrzyku kapitałowego z testem prywatnego inwestora, Komisja zauważa, że takie uwzględnienie nie należy do elementów, które inwestor prywatny wziąłby pod uwagę.
- (173) Orzecznictwo nie pozwala na stwierdzenie, że korzyść w postaci inwestycji kapitałowej w przedsiębiorstwo może zostać zneutralizowana poprzez zapłatę podatków od zysków przedsiębiorstwa. W tym sensie nawet jeżeli zastrzyk kapitałowy był niezbędny do utrzymania działalności i uniknięcia postępowania upadłościowego, jak wyjaśniono w motywach 152–159, nie było wystarczających dowodów *ex ante* na to, że inwestycja miała przynieść zyski lub pozwolić uniknąć dodatkowych strat (w porównaniu ze scenariuszem alternatywnym, tj. likwidacją lub sprzedażą spółki WestSpiel).

– Wniosek dotyczący zastosowania testu prywatnego inwestora

- (174) W świetle oceny scenariuszy alternatywnych na podstawie dostępnych Komisji informacji na temat sytuacji finansowej spółki WestSpiel w momencie podejmowania decyzji w sprawie zastrzyku kapitałowego w 2015 r. (zob. motyw 167) oraz wniosku Komisji, że zapłata podatków nie może neutralizować korzyści (zob. motyw 173), Komisja uważa, że środek nie jest zgodny z testem prywatnego inwestora.
- (175) Komisja zakłada, że ponieważ spółka WestSpiel przynosiła straty, racjonalny inwestor prywatny nie zdecydowałby się na wykonanie dodatkowych zastrzyków kapitałowych na jej rzecz, nie przeprowadzając uprzednio choćby przybliżonych ocen umożliwiających mu określenie na ich podstawie prawdopodobieństwa osiągnięcia przyszłych zysków i obejmujących w razie potrzeby ewentualne zbycie spółki lub postawienie jej w stan upadłości⁽⁷⁵⁾.

6.1.2.2.3.2. Domniemana rekompensata za ograniczenie strukturalne

- (176) Niemcy twierdzą (zob. motyw 79), że zastrzyk kapitałowy dokonany w 2015 r. nie przyniósł korzyści spółce WestSpiel, a zatem nie stanowił pomocy państwa, ponieważ zrekompensował tej spółce jej ograniczenie strukturalne wynikające z konieczności zapłaty wyższego podatku niż jej prywatni konkurenci (zgodnie z orzecznictwem w sprawie Combis⁽⁷⁶⁾). W szczególności § 14 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu) uniemożliwiał spółce WestSpiel wykorzystanie wpływów ze sprzedanych przez nią aktywów (tj. nadzwyczajnych przychodów ze sprzedaży dzieł sztuki).
- (177) Komisja nie zgadza się jednak z twierdzeniem Niemiec. W niedawnym wyroku w sprawie Orange⁽⁷⁷⁾ Trybunał Sprawiedliwości wyjaśnił, że chociaż zrekompensowanie ograniczenia strukturalnego może być zgodne z rynkiem wewnętrznym, w pewnych okolicznościach nadal stanowi ona pomoc państwa. Dokładniej rzecz ujmując, w pkt 44 wyroku Trybunał wyjaśnił, że z wyjątkiem przypadków usług publicznych, zgodnie z zasadami ustanowionymi przez Trybunał w wyroku Altmark⁽⁷⁸⁾, korzyść gospodarczą przyznana przy użyciu zasobów państwowych uznaje się za pomoc państwa, jeżeli spełnione są wszystkie pozostałe warunki istnienia pomocy.

⁽⁷³⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 marca 2018 r., Komisja/FIH Holding i FIH Erhvervsbank, sprawa C-579/16 P, EU:C:2018:159, pkt 55; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 czerwca 2012 r., Komisja/EDF, sprawa C-124/10 P, EU:C:2012:318, pkt 79 oraz cytowane w nim orzecznictwo; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 października 2013 r., Land Burgenland i in./Komisja, sprawy połączone C-214/12 P, C-215/12 P i C-223/12 P, EU:C:2013:682, pkt 52.

⁽⁷⁴⁾ Podatki wynikające z zastrzyku kapitałowego z budżetu kraju związkowego NRW.

⁽⁷⁵⁾ Wyrok Sądu z dnia 25 czerwca 2015 r., SACE i SACE BT/Komisja, sprawa T-305/13, ECLI:EU:T:2015:435, pkt 178–180.

⁽⁷⁶⁾ Wyrok Sądu z dnia 16 marca 2004 r., Danske Busvognmænd/Komisja, sprawa T-157/01, ECLI:EU:T:2004:76, pkt 57.

⁽⁷⁷⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 26 października 2016 r., Orange/Komisja, sprawa C-211/15 P, ECLI:EU:C:2016:798, pkt 22–34.

⁽⁷⁸⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 24 lipca 2003 r., Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg, sprawa C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

- (178) Ponadto Komisja zauważa, że oba wyroki w sprawach *Combus* i *Orange* odnosiły się do środków kompensacyjnych mających na celu pokrycie kosztów nadzwyczajnych w porównaniu z kosztami konkurentów prywatnych. W niniejszej sprawie środek nie dotyczy jednak niekorzystnej sytuacji pod względem „strukturalnym”, lecz stanowi raczej jednorazowe zbycie aktywów, umożliwiające przedsiębiorstwu kontynuowanie działalności pomimo nierentownego modelu biznesowego.
- (179) W związku z powyższym Komisja stwierdza, że zastrzyku kapitałowego dokonanego w 2015 r. nie można uznać za niestanowiący pomocy państwa ze względu na to, że jest on rekompensatą z tytułu ograniczenia strukturalnego spółki *WestSpiel*.

6.1.2.2.3.3. Domniemany brak korzyści ze względu na fakt, że taki sam rezultat gospodarczy można było osiągnąć w drodze zmian w ustawodawstwie

- (180) Niemcy wyjaśniają również (zob. motyw 80), że taki sam rezultat gospodarczy zastrzyku kapitałowego można było osiągnąć w drodze zmian w ustawodawstwie, tj. przez zmianę systemu podatkowego mającego zastosowanie do spółki *WestSpiel*.
- (181) Komisja uważa, że argument ten nie ma znaczenia w odpowiedzi na pytanie, czy zastrzyk kapitałowy dokonany przez *NRW.Bank* w 2015 r. przyniósł korzyść spółce *WestSpiel*. Komisja zauważa, że argument ten jest jedynie hipotetycznym argumentem, który nie urzeczywistnił się w praktyce. W istocie pomimo teoretycznej możliwości państwo *de facto* z niej nie skorzystało, lecz zdecydowało się utrzymać system podatkowy mający zastosowanie do spółki *WestSpiel* i zastosowało rozwiązanie w postaci zastrzyku kapitałowego. W związku z tym Komisja nie może dalej oceniać, czy spółka *WestSpiel* odniosłaby korzyść w teoretycznym scenariuszu przewidującym wprowadzenie zmian w ustawodawstwie, z tego prostego powodu, że praktyce nie wprowadzono zmian w ustawodawstwie.

6.1.2.2.3.4. Domniemana spłata wartości księgowej cichego udziału kraju związkowego NRW oznaczałaby znaczną spłatę (domniemanej) pomocy państwa

- (182) Niemcy twierdzą również (zob. motyw 81), że spłata wartości księgowej cichego udziału kraju związkowego NRW przez spółkę *WestSpiel* na rzecz kraju związkowego NRW byłaby równoznaczna ze spłatą (domniemanej) pomocy państwa, gdyby taka pomoc istniała. W tym sensie według Niemiec (wyższa) cena, którą zwycięski oferent zapłaciłby w toczącym się (wówczas) postępowaniu przetargowym, odzwierciedlałaby wyższą wartość spółki, ponieważ otrzymała pomoc państwa.
- (183) Komisja zauważa, że teoretyczna możliwość (rozważana przed sprzedażą spółki *WestSpiel* we wrześniu 2021 r.) uzyskania wyższej ceny w postępowaniu przetargowym nie jest wystarczająca, aby wykluczyć istnienie korzyści wynikającej z zastrzyku kapitałowego dokonanego w 2015 r. lub uniemożliwić beneficjentowi dalsze faktyczne odnoszenie w związku z tym korzyści⁽⁷⁹⁾. Wynika to z faktu, że korzyść należy ocenić w momencie przyznania pomocy, aby teoretyczna hipoteza wzrostu wartości przedsiębiorstwa w przyszłości mogła mieć znaczenie, ale fakt, że cichy udział został spłacony później, nie jest istotny.
- (184) W każdym razie Komisja stwierdza, że argument ten nie dotyczy samego istnienia pomocy państwa, lecz pozostałej kwoty pomocy podlegającej odzyskaniu po zakończeniu sprzedaży spółki *WestSpiel* i zapłacie ceny sprzedaży.

– *Wnioski dotyczące korzyści*

- (185) W związku z tym Komisja stwierdza, że zastrzyk kapitałowy przynosi spółce *WestSpiel* korzyść w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.

⁽⁷⁹⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 1 października 2015 r., *Electrabel i Dunamenti Erőmű/Komisja*, sprawa C-357/14 P, ECLI:EU:C:2015:642, pkt 116.

6.1.2.2.4. Selektywność

- (186) Jeżeli chodzi o kryterium selektywności, istnieje domniemanie, że środki będące przedmiotem oceny są selektywne, ponieważ jedynym beneficjentem była spółka WestSpiel. Z uwagi na fakt, że w niniejszej sprawie nie ma żadnego elementu, który mógłby obalić to domniemanie, Komisja stwierdza, że środki będące przedmiotem oceny są selektywne. Niemcy również nie kwestionują tego stanu rzeczy.

6.1.2.2.5. Zakłócenie konkurencji oraz wpływ na wymianę handlową

- (187) W odniesieniu do kryterium zakłócania rynku Komisja zwraca uwagę, że środek przyznany przez państwo uważa się za zakłócający konkurencję lub grożący jej zakłóceniem wówczas, gdy może on poprawić konkurencyjność beneficjenta względem konkurencyjnych z nim przedsiębiorstw. Ze względów praktycznych zasadniczo uznaje się istnienie zakłócenia konkurencji w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, jeżeli państwo przyzna korzyść finansową przedsiębiorstwu w sektorze liberalizowanym, gdzie istnieje lub mogłaby istnieć konkurencja⁽⁸⁰⁾. Jeśli chodzi o kryterium wpływu na wewnątrzunijną wymianę handlową, powszechnie przyjmuje się, że nie jest konieczne ustalenie, czy pomoc ma faktyczny wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi, lecz tylko, czy może wpłynąć na taką wymianę. W szczególności według orzecznictwa sądów unijnych „jeśli pomoc przyznana przez państwo członkowskie wzmacnia pozycję niektórych przedsiębiorstw w stosunku do pozycji zajmowanej przez inne konkurencyjne przedsiębiorstwa w ramach wewnątrz[unijnej] wymiany handlowej, należy uznać, że ma ona wpływ na wymianę handlową”⁽⁸¹⁾.
- (188) Jak wyjaśniono w motywie 57 decyzji o wszczęciu postępowania, Komisja nie podziela opinii Niemiec, zgodnie z którą środki będące przedmiotem oceny nie mogły zakłócić konkurencji i wpłynąć na wymianę handlową między państwami członkowskimi ze względu na domniemaną monopolistyczną pozycję spółki WestSpiel w kraju związkowym NRW. Chociaż Niemcy twierdzą, że rynek kasyn był w odnośnym okresie (2009–2015) zamknięty dla konkurencji zgodnie z § 1 i § 3 ustawy SpielbG NRW (w dawnym brzmieniu), wydaje się, że spółka WestSpiel konkurowała z salonami gier hazardowych podmiotów prywatnych (zwłaszcza członków FSH), w szczególności w odniesieniu do gier hazardowych na automatach. Ponadto nic nie wskazuje na istnienie w kraju związkowym NRW monopolu prawnego, który wykluczałby konkurencję na rynku. Ponadto pomimo uwag Niemiec dotyczących domniemanej nielegalnej działalności dostawców internetowych oraz, jak stwierdzono również w motywie 57 decyzji o wszczęciu postępowania, działalność spółki WestSpiel niezwiązana z grami hazardowymi (np. obsługa barów i restauracji w kasynach) nie podlega potencjalnemu monopolowi prawnemu i była prowadzona w ramach konkurencji z innymi przedsiębiorstwami.
- (189) W związku z tym Komisja stwierdza, że zastrzyk kapitałowy dokonany w 2015 r. mógł mieć wpływ na handel wewnątrzunijny i zakłócać konkurencję lub grozić jej zakłóceniem.

– Wniosek dotyczący zastrzyku kapitałowego

- (190) W związku z tym w odniesieniu do zastrzyku kapitałowego na rzecz spółki WestSpiel Komisja stwierdza na podstawie powyższej oceny, że spełnione są łączne kryteria istnienia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE oraz że środek stanowi pomoc państwa.

⁽⁸⁰⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 czerwca 2000 r., Alzetta i in./Komisja, sprawy połączone T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 do 607/97, T-1/98, T-3/98 do T-6/98 i T-23/98, ECLI:EU:T:2000:151, pkt 141–147; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 lipca 2003 r., Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg, sprawa C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

⁽⁸¹⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 stycznia 2015 r., Eventech, sprawa C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, pkt 66; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 8 maja 2013 r., Libert i in., sprawy połączone C-197/11 i C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, pkt 77; wyrok Sądu z dnia 4 kwietnia 2001 r., Regione autonoma Friuli Venezia Giulia/Komisja, sprawa T-288/97, ECLI:EU:T:2001:115, pkt 41.

6.1.3. *Wniosek dotyczący istnienia pomocy*

- (191) Jeżeli chodzi o coroczne pokrywanie strat, Komisja stwierdza, że nie stanowi ono pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, ponieważ łączne kryteria określone w tym artykule nie występują już z powodów określonych w sekcji 6.1.1 (brak korzyści, brak zasobów państwowych i brak możliwości przypisania państwu), co sprawia, że analiza pozostałych kryteriów określonych w art. 107 ust. 1 TFUE jest zbędna.
- (192) Jeżeli chodzi o domniemany zastrzyk kapitałowy w 2015 r., Komisja stwierdza, że stanowi on pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, ponieważ łączne kryteria określone w tym artykule zostały spełnione z powodów przedstawionych w sekcji 6.1.2.

6.2. **Zgodność pomocy z prawem**

- (193) Zastrzyk kapitałowy dokonany w 2015 r. stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, a ponieważ środki wypłacono z naruszeniem art. 108 ust. 3 TFUE, stanowi pomoc państwa niezgodną z prawem.

6.3. **Zgodność**

- (194) Ponieważ zastrzyk kapitałowy dokonany w 2015 r. stanowi pomoc państwa, należy zbadać, czy przedmiotowy środek pomocy można uznać za zgodny z rynkiem wewnętrznym. Środki pomocy państwa można uznać za zgodne z rynkiem wewnętrznym na podstawie wyjątków wymienionych w art. 107 ust. 2 i 3 TFUE.
- (195) Niemcy przedstawiły dwie możliwe podstawy zgodności, a mianowicie: a) art. 107 ust. 3 lit. c) TFUE – pomoc na liberalizację rynku (zob. motyw 84) i b) wytyczne R&R (zob. motyw 85).
- (196) W odniesieniu do art. 107 ust. 3 lit. c) TFUE Komisja nie może zaakceptować przedstawionego przez Niemcy uzasadnienia dotyczącego rekompensaty za liberalizację rynku. Po pierwsze, Komisja nie ma żadnych przesłanek wskazujących na to, że (domniemane) otwarcie rynku było powodem dokonania zastrzyku kapitałowego. Po drugie, Komisja stwierdza, że liberalizacja rynku w żadnym wypadku nie miała miejsca – w istocie struktura prawna z jednym operatorem posiadającym koncesję monopolową (wcześniej publiczną, ale obecnie prywatną po zakupie spółki WestSpiel) dla kasyn z jednej strony i prywatnymi operatorami automatów do gier z drugiej strony pozostaje taka sama.
- (197) Jeżeli chodzi o zgodność ze wspólnym rynkiem na podstawie zasad pomocy państwa mających zastosowanie do pomocy na ratowanie i restrukturyzację, pomimo twierdzenia Niemiec, że ewentualne odzyskanie pomocy spowodowałoby, że spółka WestSpiel stałaby się przedsiębiorstwem znajdującym się w trudnej sytuacji, Niemcy nie przedstawiły żadnych informacji wskazujących na to, że w momencie przyznania środków przedsiębiorstwo kwalifikowało się jako przedsiębiorstwo znajdujące się w trudnej sytuacji oraz że spełniono wymogi określone w wytycznych R&R. Wątpliwości Komisji wyrażone w motywie 104 decyzji o wszczęciu postępowania, dotyczące przestrzegania tych wymogów, nie zostały rozwiązane. Komisja nie otrzymała bowiem żadnych informacji wskazujących na to, że zastrzyk kapitałowy przyznano na zasadzie niestalej, na podstawie uprzednio zatwierdzonego planu restrukturyzacji i przy odpowiednim wkładzie własnym w koszty restrukturyzacji z zasobów własnych beneficjenta pomocy.
- (198) W związku z powyższym Komisja stwierdza, że niezgodna z prawem pomoc państwa przyznana przez Niemcy w formie zastrzyku kapitałowego dokonanego w 2015 r. nie jest zgodna z rynkiem wewnętrznym.

7. ODZYSKANIE POMOCY

- (199) Zgodnie z TFUE i z utrwalonym orzecznictwem sądów unijnych w przypadku stwierdzenia niezgodności pomocy państwa z rynkiem wewnętrznym Komisja jest uprawniona do podjęcia decyzji o zmianie formy lub wycofaniu pomocy przez państwo członkowskie ⁽⁸²⁾. Z utrwalonego orzecznictwa sądów unijnych wynika również, że nałożenie na państwo członkowskie obowiązku wycofania pomocy uznanej przez Komisję za niezgodną z rynkiem wewnętrznym służy przywróceniu stanu pierwotnego ⁽⁸³⁾.
- (200) W tym kontekście sądy unijne ustaliły, że cel ten uznaje się za osiągnięty, jeżeli beneficjent pomocy niezgodnej z prawem dokonał jej zwrotu i utracił korzyść posiadaną względem konkurentów na rynku wewnętrznym, a ponadto została przywrócona sytuacja sprzed wypłaty pomocy ⁽⁸⁴⁾.
- (201) Zgodnie z przytoczonym orzecznictwem art. 16 ust. 1 zdanie pierwsze rozporządzenia Rady (UE) 2015/1589 ⁽⁸⁵⁾ stanowi, że: „[w] przypadku gdy podjęte zostały decyzje negatywne w sprawach pomocy niezgodnej z prawem, Komisja podejmuje decyzję, że zainteresowane państwo członkowskie podejmie wszelkie konieczne środki w celu windykacji pomocy od beneficjenta [...]”.
- (202) Zatem biorąc pod uwagę fakt, że zastrzyk kapitałowy dokonany w 2015 r. będący przedmiotem postępowania miał miejsce z naruszeniem art. 108 ust. 3 TFUE oraz że należy go uznać za pomoc niezgodną z prawem i rynkiem wewnętrznym, pomoc powinna zostać odzyskana w celu przywrócenia sytuacji istniejącej na rynku wewnętrznym przed przyznaniem pomocy.
- (203) Nominalna kwota zwrotu odpowiada kwocie zastrzyku kapitałowego (tj. 64,8 mln EUR). Kwot już zwróconych przez spółkę WestSpiel w dwóch ratach po rozwiązaniu umowy cichej spółki w dniu 8 stycznia 2021 r. (zob. przypis 36), tj. a) pierwszej raty w wysokości 35 mln EUR (zwróconej w dniu 19 stycznia 2021 r., zob. motyw 90) i b) drugiej raty w wysokości 11 516 909 EUR (zwróconej w dniu 26 lipca 2021 r., zob. motyw 81), łącznie kwoty w wysokości 46 516 909 EUR, nie można uznać za częściowe odzyskanie, wbrew argumentom Niemiec (zob. motyw 83). Wynika to z faktu, że nawet poprzez zwrot tej kwoty spółka WestSpiel nie utraciła faktycznej przewagi uzyskanej dzięki zastrzykowi kapitałowemu względem swoich konkurentów.
- (204) Komisja zauważa, że rozwiązania cichego udziału w niniejszej sprawie nie można zakwalifikować jako odzyskania pomocy i nie ma ono żadnego wpływu na kwotę pomocy podlegającej odzyskaniu, ponieważ kwota ta zasadniczo nie zależy od zdarzeń, które nastąpiły po przyznaniu pomocy.
- (205) Korzyść wynika z zastrzyku kapitałowego, który nie miałby miejsca w normalnych warunkach rynkowych. Cały zastrzyk kapitałowy stanowi kwotę korzyści. Jeżeli później okaże się, że dzięki dalszym zmianom inwestycja była ostatecznie rentowna, nie zmienia to faktu istnienia korzyści ani jej kwoty. Na przykład, jeżeli państwo członkowskie dokonuje tej inwestycji, kupując udziały przedsiębiorstwa (które nie zostałyby zakupione przez inwestora prywatnego), a następnie zbywa te udziały (nawet jeśli ich cena wzrosła w międzyczasie), zbycie to nie stanowi zwrotu pomocy. Podobnie wypłata dywidend również nie stanowi zwrotu. Ta sama analiza miałaby nadal zastosowanie w odniesieniu do zwrotu udziału.
- (206) Innymi słowy, konkretne dalsze zmiany, które zachodzą w związku z kapitałem własnym lub „udziałem”, są odrębnymi zjawiskami, niemającymi wpływu na odzyskanie bezprawnie przyznanej pomocy. Komisja stwierdza zatem, że zwrot nie przywrócił (nawet częściowo) sytuacji, która istniała na rynku wewnętrznym przed wypłatą pomocy.

⁽⁸²⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 lipca 1973 r., Komisja/Niemcy, sprawa C-70/72, ECLI:EU:C:1973:87, pkt 13.

⁽⁸³⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 marca 1990 r., Belgia/Komisja, sprawa C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125, pkt 66.

⁽⁸⁴⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 czerwca 1999 r., Belgia/Komisja, sprawa C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311, pkt 64 i 65.

⁽⁸⁵⁾ Rozporządzenie Rady (UE) 2015/1589 z dnia 13 lipca 2015 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. L 248 z 24.9.2015, s. 9, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2015/1589/oj>).

- (207) Jak wspomniano w motywie 29, ze względu na reorganizację grupy WestSpiel spółka WestSpiel połączyła się ze spółką WestSpiel GmbH. Po sprzedaży na rzecz Gauselmann Group spółka WestSpiel zmieniła nazwę i obecnie działa pod nazwą „Merkur Spielbanken GmbH” (zob. motyw 30). W przypadku połączenia lub innej formy reorganizacji działalności należy wskazać następcę prawnego pierwotnego beneficjenta pomocy, a państwo członkowskie musi odzyskać pomoc od podmiotu przejmującego⁽⁸⁶⁾. Spółka WestSpiel GmbH jest następcą prawnym spółki WestSpiel, obecnie o nazwie „Merkur Spielbanken GmbH”. Nazwa „WestSpiel” odnosi się do tego podmiotu połączonego, a następnie sprzedanego (zob. przypis 7), od którego należy odzyskać pomoc.
- (208) Odzyskanie obejmuje okres od dnia przekazania pomocy do dyspozycji beneficjenta, tj. od dnia 15 grudnia 2015 r. (zob. motyw 130) do dnia skutecznego odzyskania pomocy. Do kwot podlegających zwrotowi dolicza się odsetki do momentu skutecznego odzyskania środków.

8. KLAUZULA ZWOLNIENIA Z ODPOWIEDZIALNOŚCI

- (209) Komisja zauważa, że umowa sprzedaży i zakupu spółki WestSpiel zawiera postanowienia, które odpowiadają klauzuli zwolnienia z odpowiedzialności w przypadku roszczeń o odzyskanie pomocy państwa, ograniczonej do 30 mln EUR (zob. pkt D preambuły, § 7, § 17 ust. 2, § 19, § 24, § 28 ust. 3–5 i § 29 umowy sprzedaży i kupna spółki WestSpiel). Komisja przypomina, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem tego rodzaju klauzule można uznać same w sobie za odrębne środki pomocy państwa, a stosowanie takich klauzul może zostać uznane za obejście obowiązku zwrotu pomocy państwa przyznanej niezgodnie z prawem i rynkiem wewnętrznym. Komisja podkreśla, że beneficjentem klauzuli jest również beneficjent pomocy.
- (210) Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości nałożenie na przedmiotowe państwo obowiązku wycofania pomocy uznanej przez Komisję za niezgodną z rynkiem wewnętrznym służy przywróceniu stanu pierwotnego. Cel ten zostaje osiągnięty po zwrocie przez beneficjenta danej pomocy, powiększonej w stosownym przypadku o odsetki za zwłokę. Poprzez jej zwrot beneficjent traci bowiem przewagę, którą uzyskał na rynku względem swych konkurentów, a sytuacja sprzed wypłaty pomocy zostaje przywrócona. Zezwolenie państwu członkowskiemu na przyznanie pomocy w kwocie równej pomocy przyznanej bezprawnie, mającej na celu zneutralizowanie skutków zwrotów, do których beneficjenci są zobowiązani, byłoby równoznaczne z pozbawieniem skuteczności decyzji przyjętych przez Komisję⁽⁸⁷⁾.
- (211) Zastosowanie klauzuli zwolnienia z odpowiedzialności będzie miało na celu zrekompensowanie spółce WestSpiel pomocy przyznanej niezgodnie z prawem i rynkiem wewnętrznym. Dokładniej, spółka WestSpiel będzie zobowiązana, na mocy niniejszej decyzji, do zwrotu pomocy państwa przyznanej niezgodnie z rynkiem wewnętrznym. Po uprawomocnieniu się niniejszej decyzji zdarzenie to spowoduje uruchomienie klauzuli zwolnienia z odpowiedzialności zobowiązującej państwo do zapłaty na rzecz spółki WestSpiel takiej samej kwoty, jaką odzyskało, ograniczonej do 30 mln EUR. Zastosowanie takiej klauzuli stanowiłoby obejście obowiązku zwrotu pomocy państwa niezgodnej z prawem i rynkiem wewnętrznym, jak stwierdzono w niniejszej decyzji, ponieważ nie doprowadzi to do skutecznego odzyskania pomocy i przywrócenia sytuacji istniejącej na rynku przed wypłatą pomocy, co jest sprzeczne z jej celem⁽⁸⁸⁾.

9. WNIOSEK

- (212) Komisja stwierdza, że Niemcy wdrożyły przedmiotową pomoc w sposób niezgodny z prawem i z naruszeniem art. 108 ust. 3 TFUE.
- (213) Komisja stwierdza, że pomoc jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym i należy ją odzyskać od spółki WestSpiel wraz z odsetkami od zwracanej pomocy,

⁽⁸⁶⁾ Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 marca 2018 r., SNCF Mobilités/Komisja, C-127/16 P, ECLI:EU:C:2018:165.

⁽⁸⁷⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 czerwca 2004 r., Komisja/Rada, sprawa C-110/02, ECLI:EU:C:2004:395, pkt 42 i 43 oraz cytowane orzecznictwo.

⁽⁸⁸⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 grudnia 2012 r., Komisja/Hiszpania, sprawa C-610/10, ECLI:EU:C:2012:781, pkt 105.

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

Domniemany środek dotyczący corocznego pokrywania strat wdrożony przez Niemcy nie stanowi pomocy w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.

Artykuł 2

Zastrzyk kapitałowy w wysokości 64,8 mln EUR dokonany w 2015 r. przez Niemcy niezgodnie z prawem, z naruszeniem art. 108 ust. 3 TFUE, jest niezgodny z rynkiem wewnętrznym.

Artykuł 3

1. Niemcy odzyskują pomoc niezgodną z rynkiem wewnętrznym, o której mowa w art. 2, od spółki WestSpiel, która połączyła się ze spółką WestSpiel GmbH i obecnie nosi nazwę „Merkur Spielbanken NRW GmbH”.
2. Do kwot podlegających zwrotowi dolicza się odsetki za cały okres poczynwszy od dnia, w którym pomoc została przekazana do dyspozycji WestSpiel, do dnia jej faktycznego odzyskania.
3. Niemcy zapewniają, by spółka WestSpiel nie otrzymała żadnej rekompensaty z tytułu kwot będących przedmiotem niniejszej decyzji. W szczególności spółka WestSpiel nie otrzyma od Niemiec, bezpośrednio ani pośrednio, żadnych kwot wynikających z zastosowania klauzuli zwolnienia z odpowiedzialności zawartej w umowie sprzedaży i kupna spółki WestSpiel.
4. Odsetki nalicza się narastająco zgodnie z przepisami rozdziału V rozporządzenia Komisji (WE) nr 794/2004 ⁽⁸⁹⁾.

Artykuł 4

1. Odzyskanie pomocy, o której mowa w art. 2, odbywa się w sposób bezzwłoczny i skuteczny.
2. Niemcy zapewniają wykonanie niniejszej decyzji w terminie czterech miesięcy od daty jej notyfikacji.

Artykuł 5

1. W terminie dwóch miesięcy od daty notyfikacji niniejszej decyzji Niemcy przekazują Komisji następujące informacje:
 - a) łączną kwotę (kwota główna i odsetki od zwracanej pomocy) do odzyskania od spółki WestSpiel;
 - b) szczegółowy opis środków już wdrożonych oraz środków planowanych w celu wykonania niniejszej decyzji;
 - c) dokumenty, z których wynika, że nakazy odzyskania pomocy, o której mowa w art. 2, zostały przekazane WestSpiel.
2. Do momentu całkowitego odzyskania pomocy, o której mowa w art. 2, Niemcy na bieżąco informują Komisję o kolejnych środkach wdrażanych na szczeblu krajowym w celu wykonania niniejszej decyzji. Na wniosek Komisji Niemcy bezzwłocznie przedstawiają informacje o środkach już wdrożonych lub środkach planowanych w celu wykonania niniejszej decyzji. Niemcy dostarczają również szczegółowe informacje o kwocie pomocy oraz odsetkach już odzyskanych od spółki WestSpiel. Ponadto Niemcy przekazują Komisji informacje na temat tego, czy i w jaki sposób zastosowano klauzulę zwolnienia z odpowiedzialności, o której mowa w motywie 209.

⁽⁸⁹⁾ Rozporządzenie Komisji (WE) nr 794/2004 z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (UE) 2015/1589 ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. L 140 z 30.4.2004, s. 1, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/794/oj>).

Artykuł 6

Niniejsza decyzja skierowana jest do Republiki Federalnej Niemiec.

Sporządzono w Brukseli dnia 22 listopada 2024 r.

W imieniu Komisji
Margrethe VESTAGER
Wiceprzewodnicząca wykonawcza
