CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

présentées le 24 janvier 2002 [1]

1. La République fédérale d'Allemagne a introduit un recours, en vertu des articles 33, premier alinéa, du traité CECA et 230, deuxième alinéa, CE, dans lequel elle demande qu'il plaise à la Cour:

i) annuler les articles 4 à 7 de la décision 1999/720/CE, CECA de la Commission, du 8 juillet 1999, concernant l'aide d'État mise à exécution par l'Allemagne en faveur de Gröditzer Stahlwerke GmbH et de sa filiale Walzwerk Burg GmbH [2] (ci-après la «décision attaquée»);

ii) ordonner à la Commission de transmettre à la Cour, en application de l'article 23 du statut CECA de cette dernière, l'ensemble des pièces relatives à cette procédure depuis 1994 et de permettre à la requérante d'avoir accès à ces pièces et

iii) condamner la partie défenderesse aux dépens.

I — Les antécédents du litige

2. Le 6 juin 1997, conformément à l'article 88, paragraphe 3, CE, le gouvernement allemand a notifié à la Commission la privatisation de l'entreprise Gröditzer Stahlwerke GmbH (ci-après «Gröditzer») et de sa filiale Wahlzwerk Burg GmbH (ci-après «Wahlzwerk»), les circonstances dans lesquelles les actions avaient été vendues et les mesures prises avant la privatisation. De l'ensemble de leur production, seuls l'acier liquide et les lingots relèvent du champ d'application du traité CECA.

3. En 1990, Gröditzer avait été absorbée par la Treuhandanstalt (organisme créé pour adapter à l'économie de marché les quelque 8 000 entreprises étatiques de l'ex-République démocratique allemande), afin de procéder à sa restructuration et à sa privatisation ultérieure [3]. L'objectif consistait à maintenir la production du même type d'acier en réduisant la capacité de 285 000 tonnes annuelles à 150 000 et en supprimant 2 500 postes de travail, qui sont passés de 5 200 à 2 700. On pensait que les investissements nécessaires seraient relativement modestes, bien qu'il s'est vite avéré que le plan ne reposait pas sur des

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — Notifiée sous le numéro C(1999) 2264. (JO L 292, p. 27).

3 — Selon le régime de la Treuhandanstalt, les aides accordées aux entreprises dont elle était chargée de la gestion qui intervenaient dans des secteurs non sensibles ne nécessitaient pas de notification si l'entreprise comptait moins de 1 500 employés dans la période de 1992 à 1994 et si les aides étaient inférieures à 150 millions de DEM. À partir de 1995, ces conditions ont été modifiées à 250 employés et 50 millions.

bases solides, puisque les marchés de consommation traditionnels avaient disparu et que les prix des produits alliés simples avaient subi une chute du fait de la surcapacité.

En 1992, la Treuhandanstalt a tenté en vain de vendre l'entreprise. Elle a cédé les actions à EREL Verwaltungs GmbH & Co. Management KG, société de gestion en commandite opérant en tant que holding de diverses entreprises destinées à être privatisées, une fois restructurées. La Treuhandanstalt était l'unique propriétaire de ce holding.

À partir de 1995, le propriétaire du holding a été rebaptisé Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben et ses activités ont été réduites à la gestion contractuelle, tandis que les activités de restructuration et de privatisation des entreprises ont été confiées à la société Beteiligungs-Management-Gesellschaft Berlin mbh, autre organisme étatique contrôlé par le gouvernement fédéral, qui est devenu le seul propriétaire de Gröditzer.

4. Début 1997, l'entreprise a été vendue à Georgsmarienhütte. Wahlzwerk est une société indépendante qui développe ses activités hors du champ d'application du traité CECA, qui a été vendue à Gröditzer par son actionnaire public lors du processus de privatisation et qui, depuis lors, opère comme centre de services sidérurgiques de Gröditzer [4].

5. Le 6 juin 1997, la République fédérale d'Allemagne a fait savoir à la Commission que, au cours de la période 1992-1996, Gröditzer avait reçu des aides pour un montant de 263,7 millions de DEM, ventilés en 207,3 millions sous la forme de prêts des actionnaires publics, 53,4 millions de crédits bancaires garantis par la Treuhandanstalt et la Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben et 3 millions sous la forme de subvention directe. Un montant supplémentaire de 8,4 millions lui a également été versé dans le cadre du programme allemand d'aides régionales «tâche d'intérêt commun: amélioration de la structure économique régionale». La vente des entreprises a représenté un coût total pour le propriétaire de 393 millions de DEM, résultant pour la plus grande partie de l'annulation du remboursement des prêts d'associé et du remboursement des crédits bancaires.

6. À la suite de cette communication, la Commission a décidé d'ouvrir une procédure conformément à la décision n° 2496/96/CECA [5] (sixième code des aides à la sidérurgie). La lettre a été adressée à la République fédérale d'Allemagne le 5 août 1997 et publiée au Journal officiel, afin que les autres États membres et les tiers intéressés puissent formuler des observations [6].

4 — Dans la décision attaquée, la Commission examine la position de cette entreprise à la lumière du traité CE, et uniquement en ce qui concerne la privatisation et l'ampleur de la participation de l'entreprise au coût total de la liquidation.

5 — Décision de la Commission, du 18 décembre 1996, instituant des règles communautaires pour les aides à la sidérurgie (JO L 338, p. 42).

6 — JO 1997, C 395, p. 5.

Pour ouvrir la procédure, la Commission a considéré que tant le prêt des actionnaires publics d'un montant de 207,3 millions de DEM, accordés sans intérêts et sans aucune garantie de la part de l'entreprise, que les crédits bancaires garantis d'un montant de 53,4 millions, avec une commission de 0,5 %, constituaient des aides. Elle a également décidé d'examiner la compatibilité de l'aide régionale de 8,4 millions. En ce qui concerne la privatisation, la Commission a exprimé des doutes sur la question de savoir si la vente à un prix négatif était conforme au critère du comportement d'un actionnaire privé, étant donné que, selon les chiffres présentés, la liquidation de Gröditzer aurait été moins coûteuse. Elle n'a pas non plus pu apprécier si la procédure de privatisation avait été ouverte, transparente et sans conditions. De même, la Commission a constaté que l'accord de privatisation prévoyait expressément l'engagement de la part du propriétaire d'accorder des aides à l'investissement à Gröditzer.

7. La République fédérale d'Allemagne s'est prononcée sur l'ouverture de la procédure et trois entreprises (Max Aicher GmbH & Co., Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH et Lech Stahlwerke GmbH) ont présenté des observations. Selon elles, la vente à un prix négatif a fourni à l'acheteuse des liquidités qui lui ont permis d'améliorer sa situation financière et de financer des acquisitions. Elles ajoutaient que les conditions de vente de Gröditzer avaient provoqué une distorsion de la concurrence.

II — La décision attaquée

8. Le 8 juillet 1999, la Commission a adopté la décision que la République fédérale d'Allemagne attaque dans son recours. Elle est composée d'une motivation, développée en cent huit points, et de dix articles.

Les articles 1er, 2 et 3 sont favorables à la République fédérale d'Allemagne et ne font pas l'objet du recours.

9. En revanche, les articles 4, 5 et 6 déclarent l'incompatibilité de certaines mesures avec la réglementation communautaire.

10. L'article 4 considère incompatibles avec le marché commun les aides à l'investissement d'un montant total de 83,2 millions de DEM octroyées à Gröditzer et consistant en crédits bancaires garantis à 100 % par la Treuhandanstalt et la Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben, en des prêts d'associé accordés pendant la période 1992-1996 par les actionnaires publics successifs et en subventions octroyées dans le cadre du programme «tâche d'intérêt commun: amélioration de la structure économique régionale» pendant la période 1997-1999.

11. L'article 5 qualifie d'aides d'État incompatibles avec le marché commun du charbon et de l'acier les mesures mises à exécution par la République fédérale d'Allemagne en faveur de Gröditzer pour un montant total de 155,5 millions de DEM, 14,3 millions de DEM pour favoriser l'investissement et 141,2 millions de DEM pour le fonctionnement (dont 17 millions correspondent à une subvention pour la privatisation et 124,2 millions tant au financement des crédits bancaires garantis à 100 % qu'aux prêts d'associé accordés par les actionnaires publics).

12. L'article 6 déclare contraires au marché commun du charbon et de l'acier les aides que la République fédérale d'Allemagne prévoyait d'accorder à Gröditzer en application de l'article 9, paragraphe 2, de l'accord du 27 février 1997, relatif à la vente de parts de ladite entreprise à Georgsmarienhütte, pour une valeur de 3,3 millions de DEM sous la forme de prêts constituant une avance sur des aides régionales à recevoir.

13. En vertu de l'article 7, la République fédérale d'Allemagne doit exiger du bénéficiaire le remboursement des aides illégalement accordées, visées aux articles 4 et 5. La récupération a lieu conformément aux procédures nationales, si elles ne la rendent pas impossible ou excessivement difficile à mettre en œuvre. Les sommes à récupérer produisent des intérêts à partir de la date à laquelle elles ont été mises à la disposition du bénéficiaire, jusqu'à leur récupération effective, intérêts qui sont calculés sur la base du taux de référence utilisé pour le calcul de l'équivalent-subvention dans le cadre des aides à finalité régionale. Aux fins de cette disposition, le terme «bénéficiaire» ne désigne pas uniquement Gröditzer, mais toute entreprise à laquelle l'actif a été transféré afin d'empêcher le remboursement des aides.

III — La procédure devant la Cour de justice

14. Le recours de la République fédérale d'Allemagne a été enregistré au greffe de la Cour le 9 septembre 1999. La Commission a présenté son mémoire en défense le 29 novembre 1999. Les deux mémoires ont été complétés par une réplique, le 14 mars 2000, et une duplique, le 14 avril 2000.

En application de l'article 23 du statut CECA de la Cour de justice, la Cour a invité la Commission, le 24 juillet 2001, à lui transmettre l'ensemble des pièces du dossier, la République fédérale d'Allemagne ayant demandé à les consulter tant dans la requête que dans la réplique. Le 3 octobre 2001, la Commission a envoyé la liste des 48 pièces composant le dossier, remise immédiatement à l'État requérant, qui a répondu, le 19 octobre 2001, qu'il n'avait besoin d'examiner aucune de ces pièces.

Compte tenu de la demande formelle de la République fédérale d'Allemagne de présenter des observations orales, la Cour a décidé de tenir une audience, qui a eu lieu le 27 novembre 2001.

IV — Les moyens du recours

15. La République fédérale d'Allemagne demande l'annulation des articles 4 à 7 de la décision attaquée, car elle les considère contraires au droit, indépendamment de la question de savoir si les mesures de soutien destinées à la privatisation de l'entreprise doivent être considérées comme des aides d'État. Elle articule son recours en six moyens.

Elle allègue, premièrement, que la Commission a violé les articles 213 CE et 215 CE en adoptant la décision attaquée alors que l'un de ses membres se trouvait en situation administrative irrégulière; deuxièmement, qu'elle a violé l'obligation de diligence, les principes de bonne administration et de sécurité juridique ainsi que l'obligation de motivation lors de la procédure administrative; troisièmement, que l'institution défenderesse a appliqué les règles du traité CECA à des secteurs de production de Gröditzer qui ne relèvent pas de ce traité; quatrièmement, que la Commission a fait une appréciation erronée, au titre de la décision n° 3855/91/CECA [7] (cinquième code des aides à la sidérurgie), des aides à l'investissement destinées au secteur de production CECA de l'entreprise; cinquièmement, qu'elle a fait une appréciation erronée des aides à l'investissement destinées au secteur de production hors CECA; et, sixièmement, qu'elle n'a pas apprécié correctement les circonstances dans lesquelles s'est déroulée la privatisation.

V — L'examen du recours

A — *Premier moyen: violation des articles 213 CE, 215 CE et 9 et suivants du traité CECA, la composition de la Commission lors de l'adoption de la décision étant irrégulière*

16. La requérante soutient que la décision attaquée doit être annulée pour vice de forme substantiel, puisque, au moment de son adoption, la composition de la Commission était irrégulière. Le 1er juillet 1999, l'institution avait relevé le commissaire Bangemann de ses fonctions, à la demande de ce dernier, et avait transféré ses compétences à un autre membre, excluant ainsi la direction générale compétente en matière de politique industrielle, qui dépendait directement de M. Bangemann, de la procédure d'adoption de la décision. La République fédérale d'Allemagne indique que, si cette direction générale avait pu s'exprimer, la décision attaquée n'aurait peut-être pas été adoptée.

7 — Décision de la Commission, du 27 novembre 1991, instituant des règles communautaires pour les aides à la sidérurgie (JO L 362, p. 57).

L'hypothèse dans laquelle un commissaire présente sa démission et cesse d'exercer ses fonctions n'est pas prévue dans le traité. La Commission a modifié de son propre chef le nombre des membres la composant, sans attendre une nouvelle nomination ou que le Conseil décide, comme il l'a fait par la suite, de ne pas remplacer M. Bangemann pour la durée de mandat qui lui restait. Le gouvernement requérant soutient donc que l'institution défenderesse, outre avoir usurpé les pouvoirs de décision du Conseil, n'était pas régulièrement constituée.

17. La Commission indique que l'article 215, deuxième alinéa, CE envisage l'hypothèse d'un nombre réduit de commissaires; une telle vicissitude ne doit donc pas empêcher le fonctionnement normal de l'institution. En l'espèce, le Conseil a décidé, le 9 juillet 1999, qu'il n'y avait pas lieu de remplacer M. Bangemann, confirmant l'initiative de la Commission de le suspendre dans l'exercice de ses fonctions, étant donné que l'intéressé avait demandé à être relevé pour se consacrer à l'exercice d'une activité professionnelle dans une entreprise. Compte tenu du devoir qui incombait à M. Bangemann de respecter les obligations découlant de sa charge, notamment celles d'honnêteté et de délicatesse quant à l'acceptation, une fois son mandat terminé, de certaines fonctions ou de certains avantages, il était indispensable de le relever de ses fonctions afin qu'il ne participe pas à la prise de décisions de l'institution, puisque la légitimité de son action aurait alors pu être mise en question.

18. La décision attaquée a été adoptée le 8 juillet. La République fédérale d'Allemagne allègue que, lors de la procédure d'adoption, elle a été entachée d'un vice de forme substantiel, consistant en ce que la Commission a modifié, sans avoir compétence pour le faire, le nombre de commissaires prévu par les traités.

19. Le 29 juin 1999, M. Bangemann, responsable des affaires industrielles, des technologies de l'information et des télécommunications, a adressé une lettre au président en exercice de la conférence des représentants des gouvernements des États membres informant de son intention d'exercer une activité professionnelle au sein de l'entreprise Telefónica et demandant que la procédure pour désigner son successeur soit ouverte le plus rapidement possible.

À la suite de cette lettre, la Commission a émis une déclaration dans laquelle, outre se dire informée, elle fait droit à la demande de l'intéressé d'être relevé des fonctions de sa charge. L'entreprise pour laquelle le commissaire démissionnaire entendait travailler opérant dans le domaine des télécommunications, secteur qui, jusqu'à présent, avait fait partie de ses compétences, il y avait un éventuel conflit d'intérêts, outre le respect du devoir d'honnêteté et de délicatesse de l'intéressé quant à l'acceptation de fonctions ou d'avantages une fois son mandat terminé.

20. Le 9 juillet 1999, le Conseil a adopté la décision 1999/493/CE, CECA, Euratom, relative à la composition de la Commission [8], annonçant que le poste de M. Bangemann allait rester vacant jusqu'à ce qu'une nouvelle Commission soit nommée [9].

21. Conformément aux articles 213 CE et 215 CE [10], les commissaires sont au nombre de vingt et, en cas de démission, ils restent en fonctions jusqu'à ce qu'ils soient remplacés ou jusqu'à ce que le Conseil décide qu'il n'y a pas lieu de nommer un successeur, cas dans lequel l'institution continue à fonctionner, bien qu'elle n'ait plus son nombre initial de membres [11]. Le traité CE n'accorde un rôle important à la Commission en cas de départ de l'un de ses membres qu'à l'article 216 CE, qui n'était pas applicable à M. Bangemann, et la suspension de fonctions d'un commissaire n'est pas prévue par les textes réglementaires.

La Commission a l'obligation d'assurer son fonctionnement de manière continue et, en cas de démission d'un commissaire, les affaires doivent continuer à être expédiées, sans attendre que le Conseil décide le remplacement. La procédure de décision de la Commission, qui a un pouvoir d'initiative législative dans de nombreux domaines, ne peut se voir paralysée, sauf lorsque le quorum n'est pas atteint [12]. Dans une situation telle que celle créée par les circonstances dans lesquelles M. Bangemann a démissionné, l'institution se devait d'agir avec sérénité et rapidité, afin non seulement de continuer à travailler normalement, mais également de couper court d'emblée à la méfiance qui menaçait de s'installer dans l'opinion publique relativement à l'impartialité de ceux participant à la procédure de prise de décisions.

22. Compte tenu de l'atmosphère critique suscitée et de la prévisible alarme que cet événement pouvait créer dans la Communauté, et puisque l'intéressé avait présenté sa démission, la Commission a agi dans le cadre des compétences dont elle dispose pour organiser son fonctionnement interne en suspendant M. Bangemann de ses fonctions en tant que membre du collège des commissaires, dans l'attente d'une décision du Conseil sur le remplacement de ce dernier.

23. Je ne partage pas l'opinion de la partie requérante, selon laquelle l'absence dudit

8 — JO L 192, p. 53.

9 — JO L 192, p. 55.

10 — Le contenu de ces articles correspond à celui des articles 9 et 12 du traité CECA.

11 — La situation qui n'était pas prévue et qui s'est pourtant produite le 16 mars 1999 est celle d'une Commission dont tous les membres ont démissionné. Dans la déclaration du 21 mars 1999 relative à la démission de la Commission, le Conseil de l'Union européenne a pris note de la décision, a estimé qu'il était nécessaire de renouveler l'institution dès que possible et a demandé à ce que, jusque-là, les commissaires continuent à exercer leurs fonctions conformément au traité.

12 — Selon l'article 5 du règlement interne de la Commission, du 17 février 1993 (JO L 230, p. 15), qui était en vigueur à la date d'adoption de la décision attaquée, le quorum nécessaire pour adopter valablement des accords est celui de la majorité des membres prévus par le traité.

commissaire à la réunion lors de laquelle la décision attaquée a été approuvée signifie que la direction générale compétente en matière de politique industrielle n'était pas représentée, ni celle selon laquelle, si cette dernière avait été représentée, la décision attaquée n'aurait peut-être pas été adoptée. D'une part, la décision a été soumise à la direction générale compétente lors de sa phase de projet, afin que celle-ci fasse part de son avis par écrit et, d'autre part, ce service était représenté lors de la réunion, puisque les compétences du commissaire démissionnaire ont été prises en charge par le commissaire Van Miert.

24. Pour les raisons exposées, je pense que la décision attaquée ne s'est pas trouvée entachée du vice de forme substantiel allégué par la République fédérale d'Allemagne lors de son adoption. Le premier moyen doit donc être rejeté comme non fondé.

B — *Deuxième moyen: violation de l'obligation de diligence, des principes de bonne administration et de sécurité juridique ainsi que de l'obligation de motivation lors de la procédure administrative*

25. La République fédérale d'Allemagne articule ce moyen en trois parties.

i) L'obligation de diligence et les principes de bonne administration et de sécurité juridique relativement aux subventions déjà versées

26. La requérante indique qu'elle a informé, en 1994 et en 1995, des mesures de financement public qu'elle avait adoptées et que la Commission lui a laissé croire pendant trois ans qu'elle ne soulèverait aucune objection à l'encontre des mesures financières accompagnant la restructuration pour des motifs fondés sur des règles relatives aux aides d'État. La requérante considère contraire au principe de confiance légitime ce comportement, qui a duré de la première notification à la décision d'ouverture de la procédure de contrôle, sans qu'elle ait, en outre, été avertie que les informations fournies étaient insuffisantes. La Commission aurait dû décider en 1994 et en 1995 si les mesures économiques déjà exécutées et notifiées constituaient ou non des aides d'État et, le cas échéant, si elles étaient compatibles avec le marché commun. C'est pourquoi elle ne pourrait actuellement pas demander la restitution des fonds octroyés avant fin 1995.

La demande de renseignements que la Commission a envoyée à la requérante le 16 juillet 1996 et la lettre du 14 août 1997 se réfèrent à des dossiers datant de 1994. En outre, dans sa communication du 9 juin 1994, la requérante mentionne deux courriers précédents de la Commission, l'un du 21 avril 1994 et l'autre du 25 mai 1994. On

ne peut parler dans ce cas de notifications informelles, car ces dernières contiennent des informations données par le département compétent du ministère de l'Économie, au nom du gouvernement allemand, et que le droit communautaire ne prévoit pas sous quelle forme les États doivent notifier un projet d'aide. La requérante précise qu'elle a retiré la notification partielle du 29 juin 1994, par lettre du 2 décembre 1994, à la demande de la Commission, qui a exigé la suspension de la procédure de déclaration pendant une période de transition, la privatisation de l'entreprise n'étant pas imminente. Dans ces circonstances, le gouvernement allemand a continué à mettre en œuvre les moyens destinés à la restructuration de l'entreprise.

27. La Commission estime que la seule communication pertinente a eu lieu le 6 juillet 1997, les aides à la sidérurgie d'un montant de 133 millions de DEM octroyées jusqu'à fin 1993 n'ayant été notifiées qu'en juin 1994, et ce de manière informelle, en violation de l'article 88, paragraphe 3, CE. En ce qui concerne la notification formelle réalisée le 29 juin 1994 relativement aux aides à l'investissement d'un montant de 79 millions de DEM, elle a été retirée par les autorités allemandes, non pas à la demande de la Commission, contrairement à ce qu'affirment ces dernières, mais pour être en mesure, en vue de la privatisation, de notifier l'état définitif et exhaustif des aides et d'en solliciter l'examen global, comme il ressort du courrier adressé à la Commission le 24 juillet 1998. En dépit de toute la correspondance échangée avant juin 1994, le retrait de la notification formelle a empêché la Commission de procéder à l'examen des aides. La privatisation ayant eu lieu début 1997, la Commission a de nouveau exigé la notification formelle, qu'elle n'a obtenue que le 7 juin 1997, raison pour laquelle elle a ouvert la procédure de contrôle en août 1997.

28. Je ne partage pas l'avis de la République fédérale d'Allemagne, selon lequel la Commission aurait dû se former une opinion sur la compatibilité des mesures avec le marché commun en 1994 et en 1995. En outre, la jurisprudence qu'elle cite pour étayer cette thèse n'est pas pertinente [13].

Si l'objectif final était de parvenir à la privatisation de Gröditzer, les informations communiquées avant la date où elle s'est produite devaient être fragmentaires et incomplètes. La Commission pouvait donc légitimement estimer qu'il n'y avait pas eu de notification formelle et exhaustive susceptible d'être examinée [14]. Le fait qu'elle ait continué à recevoir jusqu'en 1996 des informations données par les autorités allemandes sur les mesures en faveur de l'entreprise en cause et que, même après l'ouverture de la procédure de contrôle, les

13 — La requérante se réfère à l'arrêt du 24 novembre 1987, RSV/Commission (223/85, Rec. p. 4617), dans lequel la Cour a jugé que la Commission avait largement dépassé les règles d'une bonne administration en prenant 26 mois pour adopter une décision en matière d'aides. Mais il existait dans cette affaire des circonstances qui l'individualisaient par rapport à la grande majorité des affaires en matière d'aides que la Commission doit examiner, dans la mesure où il a été démontré que l'aide litigieuse n'était que le coût supplémentaire d'une opération pour laquelle des aides que la Commission avait autorisées avaient déjà été octroyées.

14 — Arrêt du 15 septembre 1998, BFM et EFIM/Commission (T-126/96 et T-127/96, Rec. p. II-3437, point 47).

informations données aient dû être complétées me conforte dans cette opinion [15].

Faute d'une communication complète des mesures, la Commission ne disposait pas de toutes les informations nécessaires pour se former une opinion sur leur compatibilité avec le marché commun. Le délai de deux mois durant lequel elle doit se prononcer ne pouvait donc pas commencer à courir. Conformément à une décision récente de la Cour, aux fins de la phase préliminaire, il suffit, pour qu'une notification soit considérée comme complète et fasse courir le délai de deux mois, qu'elle contienne, dès le début ou à la suite des réponses de l'État membre aux questions posées par la Commission, les informations qui sont nécessaires pour permettre à cette dernière de se former une première opinion sur la compatibilité de l'aide avec le traité [16].

29. Le principe de confiance légitime ne peut pas être considéré comme violé tant que la Commission n'a pas pris position sur les mesures notifiées de manière complète et formelle, selon les voies prévues. La Cour a déclaré que, compte tenu du caractère impératif du contrôle des aides étatiques opéré par la Commission au titre de l'article 88 CE, les entreprises bénéficiaires d'une aide ne sauraient avoir une confiance légitime dans la régularité de l'aide que si celle-ci a été accordée dans le respect de la procédure prévue par ledit article, ce dont tout opérateur économique diligent doit être en mesure de s'assurer [17]. De même, un État membre qui a octroyé une aide en violation des règles de procédure prévues à l'article 88 CE ne saurait invoquer la confiance légitime de l'entreprise bénéficiaire pour se soustraire à l'obligation de prendre les mesures nécessaires en vue de l'exécution d'une décision de la Commission lui ordonnant de récupérer l'aide. Admettre une telle possibilité reviendrait, en effet, à priver les dispositions des articles 87 CE et 88 CE de tout effet utile, dans la mesure où les autorités nationales pourraient ainsi se fonder sur leur propre comportement illégal pour mettre en échec l'efficacité des décisions prises par la Commission [18].

Eu égard à cette jurisprudence relative aux bénéficiaires des aides, la Commission observe à juste titre que les autorités nationales, étant son interlocuteur direct, sont mieux informées sur l'état de la procédure et sur son issue, et qu'elles ont donc moins de possibilités que les entreprises d'alléguer l'atteinte portée à leur confiance légitime, a fortiori lorsque, durant la période litigieuse, elles ont continué à fournir, de leur propre initiative ou à la demande de la Commission, des informations complémentaires sur le projet en cause.

15 — Au point 3 de la décision attaquée, il est indiqué que, par lettres des 23 septembre et 13 novembre 1997, 24 juillet, 14 août et 14 octobre 1998, des 7 et 20 janvier, 1er février et 29 mars 1999, la République fédérale d'Allemagne a communiqué à la Commission des renseignements et des documents complémentaires. En janvier 1998, ainsi que le 1er décembre, le 11 mars et les 23 et 29 avril 1999, des réunions ont eu lieu entre la Commission et la République fédérale d'Allemagne.

16 — Arrêt du 15 février 2001, Autriche/Commission (C-99/98, Rec. p. I-1101, point 56).

17 — Arrêt du 20 mars 1997, Alcan Deutschland (C-24/95, Rec. p. I-1591, point 25).

18 — Arrêts du 20 septembre 1990, Commission/Allemagne (C-5/89, Rec. p. I-3437, point 17), et du 14 janvier 1997, Espagne/Commission (C-169/95, Rec. p. I-135, point 48).

ii) L'obligation de diligence et les principes de bonne administration et de sécurité juridique relativement aux mesures de financement prévues et notifiées en 1994 et en 1995

30. La partie requérante estime que, faute de s'être prononcée rapidement sur les mesures de financement lorsqu'elle a été informée des projets ou d'avoir exprimé des doutes sur leur légalité, la Commission a violé la réglementation communautaire en matière d'aides, car tant l'article 6, paragraphe 5, de la décision n° 3855/91 (cinquième code) que l'article 6, paragraphe 6, de la décision n° 2496/96 (sixième code) prévoient un délai de deux mois à partir de la notification pour ouvrir la procédure de contrôle de la mesure.

31. La Commission réitère que la seule notification complète dont elle a eu connaissance est celle qui lui a été remise en juin 1997, et qu'elle a attendu jusqu'en mars 1999 pour disposer de toutes les informations complémentaires demandées aux autorités allemandes, comme indiqué au point 3 de la décision attaquée.

32. La Commission a certes, comme toute administration publique, un devoir de diligence, mais, pour que l'on puisse lui reprocher de l'avoir violé, il est nécessaire qu'elle se trouve en position de pouvoir y satisfaire, ce qui ne semble pas avoir été le cas dans la procédure administrative litigieuse.

La Commission pouvait difficilement adopter rapidement une décision relativement aux mesures de financement lorsqu'elle a été informée des projets, s'il ne s'agissait pas de notifications formelles comportant toutes les informations pertinentes. Le fait que, à la suite de la communication du 6 juin 1997, elle ait ouvert la procédure de contrôle le 5 août 1997, donc dans le délai de deux mois accordé par l'article 6, paragraphe 5, du cinquième code et par l'article 6, paragraphe 6, du sixième code, prouve qu'elle a agi avec la diligence due. Conformément à la jurisprudence de la Cour, ce n'est qu'après avoir eu la possibilité de se former une opinion sur la conformité avec le traité des projets notifiés que la Commission est tenue d'ouvrir sans délai la procédure contradictoire prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE, en mettant l'État membre en demeure de présenter ses observations [19]. La durée maximale du délai de réflexion accordé à la Commission est de deux mois [20].

iii) L'obligation de motivation

33. Selon la partie requérante, la décision attaquée souffre d'un défaut de motivation, car elle n'a pas mentionné la procédure de notification des années 1994 et 1995. Telle qu'elle est rédigée, elle donne l'impression que la République fédérale d'Allemagne a

19 — Arrêt du 11 décembre 1973, Lorenz (120/73, Rec. p. 1471, point 3).

20 — Arrêts du 20 mars 1984, Allemagne/Commission (84/82, Rec. p. 1451, point 11); du 30 juin 1992, Espagne/Commission (C-312/90, Rec. p. I-4117, point 18); du 11 juillet 1996, SFEI e.a. (C-39/94, Rec. p. I-3547, point 38), et Autriche/Commission, précité, point 74.

accordé des subventions à l'entreprise durant des années sans en informer la Commission.

34. La décision attaquée ne se réfère pas aux informations que les autorités allemandes ont données à la Commission avant le mois de juin 1997. Comme il a été démontré, cette communication est la seule qui puisse être prise en compte, au titre de l'article 88, paragraphe 3, CE, et, lorsqu'elle a été réalisée, la plus grande partie des mesures avaient été mises en œuvre.

Le Tribunal de première instance dispense la Commission, dans la motivation des décisions qu'elle doit adopter pour garantir l'application des règles de concurrence, de l'obligation de prendre position sur tous les arguments que les intéressés invoquent à l'appui de leur demande. Il lui suffit d'exposer les faits et les considérations juridiques revêtant une importance essentielle dans l'économie de la décision [21]. Cette jurisprudence a été confirmée par la Cour dans l'arrêt rendu sur pourvoi [22].

Du reste, il convient de supposer que la notification formelle de juin 1997 incluait les informations partielles fournies par les autorités allemandes durant des années et que la Commission en a tenu compte lors de l'adoption de l'acte attaqué. La décision contient une description claire, précise et détaillée des raisons qui l'ont justifiée. Elle ne souffre donc pas d'un défaut de motivation.

Lors de la procédure orale, il m'a semblé que le représentant du gouvernement allemand affirmait aussi que la décision ne faisait aucune référence aux effets des mesures de soutien à l'entreprise sur les échanges entre États membres et n'indiquait pas non plus si elles faussaient ou menaçaient de fausser la concurrence, au sens de l'arrêt Italie et Sardegna Lines/Commission [23]. Cet argument n'ayant pas été exposé lors de la procédure écrite, il doit être considéré comme nouveau et, en tant que tel, irrecevable, en application de l'article 42, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour. Bien que la jurisprudence citée ait été rendue après la fin de la procédure écrite, il ne s'agit pas d'une jurisprudence nouvelle, puisqu'elle s'appuie sur divers précédents.

35. Pour les motifs indiqués, le deuxième moyen est également non fondé et doit être entièrement rejeté.

21 — Arrêts du 24 janvier 1992, La Cinq/Commission (T-44/90, Rec. p. II-1, point 41), et du 8 juin 1995, Siemens/Commission (T-459/93, Rec. p. II-1675, point 31).

22 — Arrêt du 15 mai 1997, Siemens/Commission (C-278/95 P, Rec. p. I-2507, point 16).

23 — Arrêt du 19 octobre 2000 (C-15/98 et C-105/99, Rec. p. I-8855).

C — *Troisième moyen: application par la Commission des règles du traité CECA à des secteurs de production de Gröditzer qui se trouvent hors du champ d'application de ce traité*

36. La République fédérale d'Allemagne reproche à la Commission une présentation déformée et contradictoire des faits, ainsi qu'une interprétation erronée de la réglementation en matière d'aides. Gröditzer est une entreprise dont la présence sur le marché avec des produits qui figurent à l'annexe I du traité CECA est très réduite, étant donné que 90 % de ses activités commerciales consistent en la vente de produits ne relevant pas dudit traité. La Commission fait néanmoins une application des règles régissant les aides à la sidérurgie pour apprécier l'ensemble de l'entreprise et, par conséquent, les effets sur la concurrence de l'exploitation de secteurs hors CECA, sans prouver que les subventions qu'elle qualifie d'aides au fonctionnement étaient affectées de façon disproportionnée au secteur CECA de la production de l'entreprise.

La partie requérante estime que la Commission a voulu justifier sa crainte d'un risque de détournement des fonds d'un secteur de production à l'autre, l'entreprise menant conjointement des activités qui relèvent du traité CECA et d'autres qui n'en relèvent pas, avec pour résultat de finir par se fonder sur une supposition, au lieu de se baser sur des constatations. Pourtant, comme il ressort du rapport de la société d'expertise comptable KPMG, présenté à la Commission en 1998, Gröditzer disposait, dès 1990, d'une comptabilité analytique séparée par unité de gestion qui permettait d'identifier avec exactitude les installations de production auxquelles les fonds étaient affectés.

La partie requérante affirme que la plus grande partie des aides au fonctionnement était destinée aux secteurs de production de la forge, de la fonderie et du laminoir, ne relevant pas du traité CECA, et que, pour appliquer cette réglementation en matière d'aides à la production hors CECA, la Commission s'est uniquement fondée sur la considération que Gröditzer était une entreprise sidérurgique au sens de l'article 80 du traité CECA, sans examiner les répercussions de son activité économique sur le marché. Cette manière de faire ne tient compte ni de la délimitation du champ d'application de chaque traité ni des principes généraux applicables en matière d'aides d'État.

37. La Commission indique que les entreprises telles que Gröditzer, qui fabriquent des produits CECA pour leur utilisation personnelle ou qui n'en commercialisent qu'une petite partie, sont considérées comme incluses dans le champ d'application du traité CECA. Conformément à l'article 80, on entend par entreprises celles qui exercent une activité de production dans le secteur du charbon et de l'acier (expressions définies à l'annexe I) et, dans certaines circonstances, celles qui exercent habituellement une activité de distribution autre que la vente aux consommateurs

domestiques ou à l'artisanat. L'élément qui détermine la sujétion d'une entreprise au traité CECA n'est pas, dans le cas de processus de production intégrés, la commercialisation, mais la fabrication de produits intermédiaires, puisque existe le risque qu'un produit destiné en principe à un usage interne soit en fait mis sur le marché. Par conséquent, dans la mesure où l'entreprise fabrique des produits CECA, ce traité lui est d'application, que les articles soient destinés à être commercialisés dans cet état ou que l'entreprise ait l'intention de les transformer en d'autres produits ne relevant pas du traité CECA.

La partie défenderesse aurait pu accepter que la majeure partie des aides soit destinée à soutenir la fabrication de produits relevant du traité CE, à condition qu'il y ait eu une séparation complète entre la production CECA et les activités CE de l'entreprise. Cette séparation n'ayant pas été démontrée, la Commission considère que le risque de détournement des aides d'un secteur à l'autre est réel, ce qu'elle expose en détail avant de déclarer, au point 40 de la décision, que c'est la production d'acier qui bénéficiait des aides accordées pour des activités dérivées relevant du traité CE: les aides destinées apparemment au secteur majoritaire et déficitaire de la production CE profitaient en réalité à celui des activités dérivées CECA, de sorte que ce dernier bénéficiait, par le jeu de la comptabilité interne, d'un prix plein fixé artificiellement. L'absence de tout détournement de fonds constitue une condition préalable à l'examen des aides au regard du traité CE; en outre, la charge de la preuve incombe à l'État membre.

38. Selon moi, la thèse de la République fédérale d'Allemagne dans le cadre du présent moyen ne peut aboutir. La Cour a défini en 1959 le champ d'application du traité CECA [24], établissant une jurisprudence claire que la partie requérante semble connaître, bien qu'elle la cite de façon intéressée. Dans cet arrêt, après avoir rejeté comme contraire au traité la notion de production se référant exclusivement à la fabrication d'objets destinés à être mis sur le marché, elle affirme que l'annexe I contient une liste de produits qui sont fréquemment utilisés pour être transformés en produits techniquement et économiquement distincts dans d'autres établissements, placés sous la même raison sociale, produits qui ne sont pas mis sur le marché. Soustraire cette production du traité CECA irait à l'encontre de l'intention de ses auteurs, sans compter que l'inclusion dépendrait de la structure juridique de l'entreprise productrice et que serait exclue par là de la juridiction de la CECA la production des grandes usines intégrées [25].

La Cour a également examiné si le concept d'activité de production contenu dans l'article 80 du traité CECA comprenait l'élaboration de la fonte produite et transformée dans des ateliers formant entre eux un ensemble technique intégré, lorsque le lien économique et technique existant entre les hauts fourneaux et les ateliers de fonderie de la même entreprise était très étroit. Elle a jugé que les auteurs du traité CECA ont fait appel au critère de production pour délimiter le champ d'application

24 — Arrêt du 17 décembre 1959, Société des fonderies de Pont-à-Mousson/Haute Autorité (14/59, Rec. p. 445).

25 — Ibidem, Rec. p. 470 et 471.

ratione personae de ce dernier, conscients du fait que les fabricants d'un produit CECA peuvent être à la fois les consommateurs d'un autre, et que, pour la fonte liquide produite dans les hauts fourneaux, il est aussi possible, outre de la transformer immédiatement en moulages de fonte, de la laisser se solidifier, afin de l'introduire sur le marché sous forme de lingots ou de la vendre à l'état liquide [26]. La même position a été défendue par l'avocat général Lagrange dans les conclusions qu'il a présentées dans cette affaire [27].

L'arrêt Deutsche Babcock [28] ne va pas non plus dans le sens des thèses de la requérante. Il convenait de se prononcer sur le règlement (CEE) nº 1430/79, relatif au remboursement ou à la remise des droits à l'importation ou à l'exportation [29]. La Cour a déclaré que l'article 305 CE étend l'application des règles de la Communauté européenne aux produits relevant du traité CECA lorsqu'une question déterminée n'est pas réglementée dans ce dernier ou dans les réglementations d'application de ce dernier.

Ainsi, pour déterminer si une entreprise entre dans le champ d'application du traité CECA, il convient de considérer ses activités de production et non celles de commercialisation, en tenant compte du fait que l'article 4, sous c), du traité CECA interdit les aides, même si elles entraînent une distorsion de concurrence peu importante. Du reste, à la différence de l'article 87, paragraphe 1, CE, il ne ressort pas de la disposition précitée qu'il incombe à la Commission de constater si l'aide fausse ou menace de fausser la concurrence, puisque cet article interdit toutes les aides sans aucune restriction, de sorte qu'il ne saurait contenir de règle de minimis [30].

39. Comme le Tribunal de première instance l'a déclaré récemment, on ne saurait considérer que les aides à l'investissement destinées à une entreprise CECA doivent être appréhendées, en toute hypothèse, sous l'angle des règles relatives aux aides d'État relevant du traité CECA; il en va de même pour les aides accordées à une entreprise sidérurgique qui exerce des activités relevant dudit traité et d'autres non, y compris dans l'hypothèse où elle serait destinataire d'aides à l'investissement en relation avec ses activités ne relevant pas dudit traité [31]. C'est ce que la Commission indique au point 33 de la décision attaquée.

40. Au point 34, elle distingue les produits finis issus des installations de forge, de laminage circulaire et de fonderie de ceux de l'aciérie, qui sont vendus sur d'autres marchés. Puisque ces produits sont fabriqués dans des secteurs de production différents, les procédés de production ne sont pas intégrés; il est donc possible, en ce qui concerne les aides à l'investissement, de

26 — Ibidem, Rec. p. 471 et 472.

27 — Voir notamment Rec. p. 493.

28 — Arrêt du 15 décembre 1987 (328/85, Rec. p. 5119).

29 — Règlement du Conseil, du 2 juillet 1979 (JO L 175, p. 1).

30 — Arrêt du 21 janvier 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke et Lech-Stahlwerke/Commission (T-129/95, T-2/96 et T-97/96, Rec. p. II-17, point 147). Cette appréciation a été confirmée par la Cour dans l'ordonnance du 25 janvier 2001, Lech-Stahlwerke/Commission (C-111/99 P, Rec. p. I-727, point 41).

31 — Arrêt du 5 juin 2001, ESF Elbe-Stahlwerke Feralpi/Commission (T-6/99, Rec. p. II-1523, points 61 et 62).

distinguer clairement entre les activités CECA et les activités non CECA.

En revanche, en ce qui concerne les aides au fonctionnement, les points 35 à 41 de la décision attaquée démontrent l'impossibilité de distinguer les aides accordées aux activités CECA de celles octroyées à la production CE, l'entreprise ne disposant pas de comptabilité séparée. En outre, comme il ressort du tableau reproduit au point 36, les données comptables qui figurent dans le rapport de la société d'expertise KPMG invoqué par le gouvernement allemand pour démontrer l'existence d'une comptabilité séparée contredisent celles qui figurent dans la notification de 1997 dans la quasi-totalité des postes et confirment l'appréciation de la Commission quant au détournement dans l'assignation des fonds, tel qu'exposé au point 39. Je partage l'opinion de la Commission, selon laquelle ce risque de détournement est préoccupant dans le cas d'entreprises dont la comptabilité n'est pas séparée par activité de production [32]. Je partage également le point de vue selon lequel il convient de tenir compte, sur la base de l'annexe I, point 4, du fait que certains produits de la liste sont liés à des sous-produits qui, bien que n'apparaissant pas inclus, peuvent conditionner le prix, de sorte que l'annexe doit inclure les sous-produits et autres produits CECA transformés lorsque ces derniers influent sur les conditions normales de concurrence attachées aux produits principaux.

Cette préoccupation a été soulignée dans un document de 1988 destiné à encadrer certains secteurs sidérurgiques hors CECA [33], dans lequel la Commission reconnaît, outre la situation concurrentielle particulièrement sensible de ces secteurs, le risque de détournement de sa politique d'aide à la sidérurgie sous la forme d'aides versées à des filiales pour des activités en dehors du champ d'application du traité CECA, mais dont le bénéfice pourrait remonter au niveau de l'activité sidérurgique. Il paraît logique que le risque soit encore plus grand si, au lieu de filiales, la transformation de l'acier CECA se fait dans l'entreprise elle-même.

41. Le Tribunal de première instance a récemment confirmé que l'application du traité CECA à des aides accordées pour des investissements relatifs à une activité de production hors CECA ne peut se justifier qu'à défaut de garanties suffisantes permettant d'exclure un détournement desdites aides au profit des activités de production relevant du traité CECA. Il appartient à l'État membre, assisté de l'entreprise bénéficiaire de l'aide, de fournir à la Commission tous les éléments permettant à celle-ci de vérifier, au cours de la procédure administrative, l'existence ou non de telles garanties [34].

32 — Dans son arrêt du 25 juin 1998, British Airways e.a. et British Midland Airways/Commission (affaires jointes T-371/94 et T-394/94, Rec. p. II-2405, point 314), le Tribunal de première instance a jugé que le mécanisme de holding dans lequel les entreprises sont indépendantes les unes des autres, combiné au système de vérification par des consultants indépendants et à l'échelonnement du versement de l'aide en plusieurs tranches, pouvait être qualifié de moyen suffisant et approprié pour garantir que l'entreprise nominativement bénéficiaire soit la seule à recevoir l'aide.

33 — JO 1988, C 320, p. 3.

34 — Arrêt ESF Elbe-Stahlwerke Feralpi/Commission, précité, points 125 et 126.

42. Les décisions de la Commission invoquées par la partie requérante pour démontrer une prétendue discrimination à son encontre ne sont pas non plus pertinentes, car elles ont été adoptées sur la base de faits distincts [35]. Même si les faits étaient comparables, il faudrait toutefois considérer que le respect du principe d'égalité de traitement doit se concilier avec le respect du principe de légalité, selon lequel nul ne peut invoquer à son profit une illégalité commise en faveur d'autrui [36].

43. Eu égard au raisonnement exposé, le présent moyen doit également être rejeté comme non fondé.

D — *Quatrième moyen: appréciation erronée, au titre du cinquième code des aides à la sidérurgie, des aides à l'investissement destinées au secteur de production CECA de l'entreprise*

44. La République fédérale d'Allemagne considère que la Commission ne peut nier la compatibilité des aides à l'investissement accordées au secteur CECA de Gröditzer, pour un montant de 13,3 millions de DEM, avec le traité et l'article 5, troisième tiret, du cinquième code des aides à la sidérurgie au motif qu'elles n'auraient pas été notifiées avant le 30 juin 1994, puisque c'est la Commission elle-même qui a demandé au gouvernement allemand de retirer la notification faite le 29 juin 1994. La décision attaquée n'indique pas si la légalité des aides en vertu de l'article 5, troisième tiret, du cinquième code a été examinée et, selon la requérante, la simple violation du délai de notification n'autorise pas la Commission à demander la restitution d'une aide si elle n'a ni examiné ni mis en cause sa légalité.

45. La Commission souligne que la décision attaquée ne se réfère pas seulement au non-respect du délai pour la notification des aides, mais également au fait que, pour cette raison, elles n'ont pas pu être examinées avant la date limite fixée par le cinquième code, à savoir le 31 décembre 1994, pour les aides à l'investissement prévues en faveur des entreprises établies sur le territoire de l'ex-République démocratique allemande.

46. Je ne peux pas non plus partager la position de la République fédérale d'Allemagne sur ce point. Le cinquième code fixe très clairement la date limite pour que les aides puissent être considérées comme compatibles avec le marché commun, date après laquelle la Commission ne peut plus les autoriser. C'est ce qu'a jugé la Cour relativement à une disposition de la déci-

35 — Il s'agit de la décision 97/21/CE, CECA, du 30 juillet 1996, concernant une aide d'État accordée à la Compañia Española de Tubos por Extrusión SA, située à Llodio (Álava) (JO 1997, L 8, p. 14), adoptée sur la base du traité CECA et du traité CE. L'autorisation d'aides d'État à l'entreprise Productos Tubulares (JO 1998, C 409, p. 6) a été donnée car l'entreprise avait subi une restructuration complète et que sa production CECA, destinée à la consommation interne, était infime et n'était pas mise sur le marché.

36 — Arrêts du 4 juillet 1985, Williams/Cour des comptes (134/84, Rec. p. 2225, point 14), et du 14 mai 1998, Mayr-Melnhof/Commission (T-347/94, Rec. p. II-1751, point 334).

sion n° 2320/81/CECA [37], deuxième code des aides à la sidérurgie, déclarant qu'il s'agissait d'un délai de forclusion en ce sens qu'il excluait l'approbation de tout projet d'aide notifié postérieurement [38].

Le Tribunal de première instance a également affirmé qu'il résulte des articles 1er, 5 et 6 du cinquième code que les aides prévues ne pouvaient être mises en œuvre qu'après avoir été préalablement autorisées par la Commission et que l'échéance du 31 décembre 1994 fixée pour le paiement des aides régionales à l'investissement constituait nécessairement la date limite impartie à la Commission pour se prononcer sur leur compatibilité [39]. La Cour a confirmé cette interprétation dans la procédure de pourvoi, indiquant qu'il n'est pas possible d'admettre que le délai de notification prévu par le cinquième code constitue un délai indicatif, de sorte que la Commission n'était pas en droit d'autoriser des aides si les projets tendant à les instituer ou à les modifier ne lui avaient pas été notifiés avant l'expiration du délai spécifiquement prévu, constatation qui doit être relevée d'office par le juge alors même qu'aucune des parties ne lui a demandé de le faire [40].

47. On pouvait s'attendre à ce que la décision attaquée n'examine pas la légalité des aides en vertu de l'article 5, troisième tiret, du cinquième code, puisque la Commission ne pouvait pas adopter un acte en 1999 en application d'une réglementation qui avait cessé d'être en vigueur le 31 décembre 1996. Le Tribunal de première instance a indiqué que l'État membre qui a méconnu son obligation de notification ne saurait exiger que la Commission exerce un contrôle de la compatibilité avec le marché commun d'une aide au regard d'un code abrogé et que, lorsqu'il n'a pas respecté les conditions formulées par ledit code, il n'est pas fondé à invoquer le principe de sécurité juridique afin de bénéficier des dérogations qui y sont mentionnées [41].

48. Du reste, il s'est avéré que la notification formelle réalisée le 29 juin 1994, qui portait sur les aides à l'investissement d'un montant de 79 millions de DEM, a été retirée par les autorités allemandes, ce qui a empêché la Commission de procéder à leur examen dans le délai imparti. Quelle que soit la raison qui a motivé un tel retrait, que cela ait été à la demande de la Commission ou pour être en mesure, en vue de la privatisation, de notifier l'état définitif et exhaustif des aides afin d'en solliciter l'examen global, le gouvernement allemand devait être conscient des résultats de son action, au vu de la réglementation en

37 — Décision de la Commission, du 7 août 1981, instituant des règles communautaires pour les aides à la sidérurgie (JO L 228, p. 14).

38 — Arrêt du 3 octobre 1985, Allemagne/Commission (214/83, Rec. p. 3053, points 45 à 47).

39 — Arrêt du 31 mars 1998, Preussag Stahl/Commission (T-129/96, Rec. p. II-609, point 41).

40 — Arrêt du 13 juillet 2000, Salzgitter/Commission (C-210/98 P, Rec. p. I-5843, points 54 à 56).

41 — Arrêts du 15 octobre 1997, IPK/Commission (T-331/94, Rec. p. II-1665, point 45), et du 16 décembre 1999, Acciaierie di Bolzano/Commission (T-158/96, Rec. p. II-3927, point 64).

vigueur et de l'arrêt de la Cour rendu en 1985 dans une affaire dont il avait justement été partie [42].

49. Compte tenu des raisons exposées, le présent moyen est également non fondé et il convient de le rejeter.

E — *Cinquième moyen: appréciation erronée des aides à l'investissement destinées au secteur de production hors CECA*

50. Ce moyen est divisé en deux parties.

i) Application du cinquième code des aides à la sidérurgie au lieu des lignes directrices concernant les aides à la restructuration

51. La République fédérale d'Allemagne indique l'existence de contradictions dans l'argumentation avancée par la Commission pour décider que les aides à l'investissement accordées au secteur de production hors CECA ne peuvent être autorisées en tant qu'aides à la restructuration conformément à l'article 87, paragraphe 3, sous c), CE, et que, en appliquant par analogie le régime d'aides du traité CECA, elles ne peuvent qu'être considérées comme des aides régionales et autorisées à hauteur de 35 % du montant des investissements. La partie requérante affirme que les activités de l'entreprise dans les domaines régis par le traité CE ne font partie d'aucun secteur économique pour lequel la Commission a fixé des critères d'autorisation des aides d'État (secteurs sensibles). Elle indique qu'un plan de restructuration a été présenté dans le cadre des communications de 1994, de 1995 et de 1996 et qu'il a été maintenu à jour jusqu'à la privatisation de l'entreprise.

52. La Commission affirme que ses décisions concernant la Treuhandanstalt ne s'appliquent pas uniquement à la production d'acier CECA, mais à l'ensemble du secteur sidérurgique, qui englobe également les produits non régis par ce traité. L'entreprise bénéficiaire des aides fabrique tant ces produits que les autres. Elle appartient à un secteur sensible, c'est-à-dire un secteur susceptible d'être affecté par des distorsions de concurrence en raison de surcapacités sectorielles. L'existence d'une réglementation spéciale est un indice de la sensibilité d'un secteur.

53. Comme indiqué au point 56, deuxième alinéa, de la décision attaquée, la définition de secteur sensible englobe non seulement la production d'acier CECA, mais également les stades antérieurs, comme la forge et la fonderie. Puisque Gröditzer opère dans les deux groupes de production, elle doit être considérée comme se trouvant dans un secteur sensible et, en application de la réglementation relative à la Treuhandanstalt, les aides devaient faire l'objet d'une notification.

42 — Arrêt du 3 octobre 1985, Allemagne/Commission (précité note 38).

Les dérogations particulières prévues dans les régimes ultérieurs de la Treuhandanstalt n'ont pas été appliquées, de sorte que la Commission a dû apprécier les aides, en vertu de ce que prévoient expressément les règles de la Treuhandanstalt, au regard de dispositions telles que les lignes directrices communautaires pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté [43] et les lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale [44].

54. En ce qui concerne les aides à la restructuration des entreprises en crise, la bénéficiaire est une entreprise CECA et il n'existe pas dans ce traité de fondement juridique pour permettre ces aides à cette fin. S'il est vrai que ce type d'aides a été autorisé à d'autres entreprises CECA au moyen de décisions adoptées conformément à l'article 95 CECA (?), il s'agissait dans tous les cas de garantir un retour à la rentabilité de ces entreprises à la suite d'une privatisation. L'ordonnance Allemagne/Commission [45] déclare que le strict régime des aides à la sidérurgie a notamment pour objet d'empêcher les retombées spécialement nuisibles pour la concurrence — et donc pour la survie des entreprises performantes — du maintien artificiel d'entreprises qui ne pourraient pas subsister dans des conditions normales de marché.

Or, aucun plan de restructuration prévoyant un retour à la rentabilité n'a été présenté pour Gröditzer. Selon la Commission, ni la description sommaire ni le résumé des projets d'investissements communiqués n'ont suffi pour présenter un programme de restructuration cohérent et exhaustif. Le Tribunal de première instance a indiqué qu'un document ne peut être considéré comme un véritable plan de restructuration s'il ne prévoit aucune mesure particulière afin de remédier aux problèmes spécifiques rencontrés par l'entreprise. Les aides provenant des fonds publics n'étaient donc pas liées à des mesures de restructuration concrètes et prévues dans un programme, condition indispensable pour qu'un plan puisse être considéré comme un plan de restructuration [46].

55. Conformément aux points 52 et suivants de la décision attaquée, les investissements réalisés dans les secteurs hors CECA se sont élevés à 96,9 millions de DEM et des aides ont été accordées pour un montant total de 96,1 millions de DEM, dont 8,4 millions d'aides régionales, 3,6 millions de primes à l'investissement et le montant restant sous la forme de prêts d'associés et de crédits bancaires garantis. Ces prêts et crédits ont été consentis sur la base des dispositions générales du traité d'unification et de la loi relative à la Treuhandanstalt. En octobre 1998, la République fédérale d'Allemagne a informé la Commission que la tâche d'intérêt commun ne s'appliquait pas aux entreprises sous tutelle de la Treuhandanstalt pendant la période en question. La Treuhandanstalt et les propriétaires successifs de l'entreprise

43 — JO 1994, C 368, p. 12.

44 — JO 1998, C 74, p. 9.

45 — Ordonnance du 3 mai 1996 (C-399/95, Rec. p. I-2441, point 80).

46 — Arrêt BFM et EFIM/Commission, précité, point 88.

ont donc agi de facto, pour l'octroi et la garantie de ces prêts et crédits, comme organismes payeurs d'aides régionales, les prêts et crédits remplaçant les aides régionales à l'investissement.

56. Selon moi, la Commission a considéré à juste titre que les lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale, en vigueur lorsque les aides ont été accordées, étaient l'unique base juridique applicable pour apprécier les aides à l'investissement. Les activités de l'entreprise dans le domaine CE sont menées dans un secteur sensible et les limites maximales pour les aides régionales leur sont également applicables, conformément au cadre légal relatif à certains secteurs sidérurgiques hors CECA.

57. Je partage l'opinion de la Commission, selon laquelle le rétablissement de la rentabilité n'a pas été prouvé et est peu crédible, car il peut facilement être dû au revenu exceptionnel que constituent les aides, et ne peut donc pas être accepté comme démontrant que l'entreprise est devenue viable. Le Tribunal de première instance a déclaré que disposer d'un flux de liquidités positif ne suffit pas pour connaître la situation financière d'une entreprise, notamment lorsque l'argent provient de subventions massives [47].

47 — Arrêt BFM et EFIM/Commission, précité, points 83 et 84.

ii) Non-application par la Commission de l'article 87, paragraphe 2, sous c), CE

58. La République fédérale d'Allemagne soutient que la restructuration de l'entreprise et les mesures d'accompagnement de la Treuhandanstalt et des autres organismes publics sont un cas typique d'application de l'article 87, paragraphe 2, sous c), CE, notamment parce que Gröditz, en tant que lieu d'implantation de l'industrie sidérurgique, a été particulièrement affecté par les conséquences de la planification économique du régime socialiste et les difficultés à les surmonter, et parce que le niveau économique moyen de cette zone, du fait des conséquences du partage de la République fédérale d'Allemagne, n'est pas prêt d'atteindre le même niveau que les anciens Länder.

59. Il y a deux raisons pour lesquelles je ne peux pas donner raison à la partie requérante, dans la mesure où elle entend invoquer l'article 87, paragraphe 2, sous c), CE, qui déclare compatibles avec le marché commun les aides accordées pour favoriser l'économie de certaines régions de la République fédérale d'Allemagne affectées par la division du pays, dans la mesure où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages causés.

La première raison est que, en admettant que la disposition ait été applicable, les

autorités allemandes, selon ce qu'indique la Commission, ne l'ont pas invoquée quand elles auraient dû le faire, et n'ont pas non plus apporté la preuve que les conditions nécessaires pour que l'entreprise soit considérée comme se trouvant dans ce cas étaient remplies.

La seconde raison se base sur l'interprétation que la Cour a donnée à cette disposition dans l'arrêt du 19 septembre 2000 [48], indiquant, après avoir confirmé que la disposition n'avait été abrogée ni par le traité sur l'Union européenne ni par le traité d'Amsterdam, que, s'agissant d'une dérogation au principe général d'incompatibilité des aides d'État avec le marché commun, elle devait être interprétée de manière stricte, ajoutant que les désavantages économiques causés par la division ne sauraient viser que ceux provoqués dans certaines régions allemandes par l'isolement qu'a engendré l'établissement d'une frontière physique, tels que la rupture de voies de communication ou la perte de débouchés faisant suite à l'interruption des relations commerciales entre les deux parties du territoire allemand. Toutefois, les désavantages dont souffrent globalement les nouveaux Länder n'ont pas été causés directement par la division géographique, mais par les régimes politico-économiques différents mis en place dans chaque partie de la République fédérale d'Allemagne [49].

48 — Arrêt Allemagne/Commission (C-156/98, Rec. p. I-6857, points 46 à 56). Le Tribunal de première instance a donné une interprétation similaire dans l'arrêt du 15 décembre 1999, Freistaat Sachsen e.a./Commission (T-132/96 et T-143/96, Rec. p. II-3663, points 136 et 137).

49 — En réponse à la question qui lui a été posée lors de l'audience, le représentant du gouvernement fédéral a reconnu que, compte tenu de cet arrêt rendu durant la phase écrite de la présente procédure, l'allégation avait peu de chances d'aboutir.

60. Pour les raisons citées, ce moyen doit également être rejeté dans sa totalité comme non fondé.

F — *Sixième moyen: appréciation erronée des circonstances dans lesquelles s'est déroulée la privatisation*

61. Ce moyen est divisé en deux parties.

i) Appréciation inexacte du droit allemand et application erronée du critère de l'investisseur privé

62. Selon la République fédérale d'Allemagne, aux points 75 et suivants de la décision attaquée, la Commission s'est basée sur des chiffres incorrects pour évaluer les coûts de la liquidation. Elle affirme que la distinction faite au point 80, sous a), entre les obligations d'institutions fédérales appartenant à l'État et celles des associés est fausse, puisque les garanties ne sont pas des mesures de soutien prévues dans un programme de garanties de l'État, mais qu'elles sont comparables aux déclarations émanant de sociétés en holding, courantes dans l'économie privée, ou aux garanties données par leurs filiales. En effet, lorsqu'il est question des coûts de liquidation d'une entreprise filiale, un groupement en holding de droit privé doit prendre en compte l'obligation de se porter garant des dettes de sa filiale, s'il a constitué des garanties

pour ses crédits, dans le cadre habituel de ses affaires. De même, d'après le droit allemand, en cas de liquidation d'une entreprise, le propriétaire du capital doit prendre en charge les coûts d'assainissement du lieu d'implantation, évalués à 87 millions de DEM. Dans ces circonstances, l'actionnaire aurait dû supporter des frais s'élevant à 445 millions de DEM pour la liquidation de l'entreprise, et la privatisation à un prix de vente négatif de 340 millions était, sans aucun doute, l'option la plus économique, satisfaisant au critère de l'investisseur privé applicable aux régimes d'aides.

63. La Commission précise que la valeur de liquidation des actifs atteignait, selon le rapport en la matière, 94 millions de DEM, somme qui devait servir à faire face aux passifs de l'entreprise dans l'ordre de priorité prévu par la législation allemande en matière d'insolvabilité. Les coûts de la liquidation se limitent donc à ce montant et, si l'État inclut des montants supérieurs découlant d'autres obligations, il n'agirait plus en tant que propriétaire, mais en tant que puissance publique. Par conséquent, ces montants ne peuvent être pris en considération pour l'application du critère de l'investisseur privé.

64. Selon moi, pour contrôler les critères selon lesquels la Commission a évalué la procédure de privatisation, il convient de considérer, comme l'affirme le point 44 de la décision, que l'entreprise en cause est une entreprise en difficulté depuis sa création, à laquelle différents organismes publics ont alloué des crédits sans intérêt et sans obligation de remboursement, qu'un investisseur privé ne lui aurait jamais accordés.

La République fédérale d'Allemagne chiffre à 475 millions de DEM le coût de la liquidation, ventilés en 418 millions de DEM (196 millions correspondant aux prêts d'associé, 49 millions à des crédits bancaires garantis, 26 millions à des dettes diverses et 147 millions à des provisions pour frais divers) et 57 millions de DEM pour le coût de la procédure de liquidation proprement dite, notamment les frais de fonctionnement et de suspension des activités durant la période de liquidation.

Le calcul ne peut être accepté comme correct à la lumière de la jurisprudence de la Cour, aux termes de laquelle un investisseur privé poursuivant une politique structurelle, globale ou sectorielle, guidée par des perspectives de rentabilité à long terme, ne saurait se permettre, après des années de pertes, de procéder à un apport en capital qui s'avère non seulement plus coûteux qu'une liquidation des actifs, mais est en outre lié à la vente de l'entreprise, ce qui lui enlève toute perspective de bénéfice, même à terme [50].

Par ailleurs, la République fédérale d'Allemagne a présenté comme entrant dans le

50 — Arrêt du 14 septembre 1994, Espagne/Commission (C-278/92 à C-280/92, Rec. p. I-4103, point 26).

coût total de la liquidation une série de coûts d'associé qui sont en fait des coûts pour l'État en tant que puissance publique, à savoir le remboursement de 49 millions de DEM de crédits bancaires garantis par la Treuhandanstalt et d'autres organismes publics; une provision pour charges du passé de 15 millions de DEM; 22 millions pour les frais du plan social ne résultant pas d'obligations contraignantes et une réserve de 87 millions pour les frais de réhabilitation du site industriel, comprenant la démolition des bâtiments, l'assainissement complet du site et sa vente, qui n'aurait pas rapporté plus de 9 millions de DEM.

65. La Commission indique à juste titre que, au vu de la situation financière de l'entreprise, il est peu probable qu'un investisseur privé eût engagé des fonds supplémentaires pour un plan de licenciements et de retraites anticipées. De même, la valeur de vente du site n'étant que de 9 millions de DEM, même si l'entreprise était obligée de procéder à la réhabilitation, un investisseur privé n'aurait pas mis de fonds supplémentaires à la disposition de cette dernière en cas de liquidation, ces frais étant à la charge de l'État en tant que garant de la protection de l'environnement.

Et si, en cas d'insolvabilité, les prêts d'associé étaient considérés, conformément à la législation allemande, comme des fonds propres qui ne peuvent pas être réclamés pour satisfaire les créanciers sur la masse de la faillite et étaient inclus dans les coûts de liquidation, ces coûts ne s'élèveraient qu'à 292 millions de DEM. Si l'on compare ce chiffre aux coûts de la privatisation, qui étaient de 340 millions de DEM, la liquidation de l'entreprise aurait été moins coûteuse que sa privatisation. Un investisseur privé aurait donc choisi la liquidation.

ii) Appréciation erronée de la procédure d'appel d'offres

66. Quant aux objections soulevées par la Commission relativement à la vente de l'entreprise par appel d'offres, la République fédérale d'Allemagne relève qu'en 1992 elle avait donné l'ordre à une banque d'investissement de procéder à un appel d'offres international pour la vente de l'entreprise, ouvert à tous les intéressés potentiels, sans conditions pour la présentation des offres; elle a décidé de vendre l'entreprise à Georgsmarienhütte, parce que cette dernière a fait l'offre économiquement la plus avantageuse. Elle estime que la conduite de la Commission constitue une ingérence injustifiée dans l'autonomie des États membres, puisqu'il n'existe aucune disposition de droit communautaire dérivé régissant la procédure de privatisation des entreprises ou imposant que la vente soit faite par appel d'offres, le seul critère découlant du traité étant que, en tant que propriétaire du capital, l'État doit se comporter de la même manière qu'un investisseur privé. Elle affirme que la Commission n'a pas non plus prouvé que d'autres intéressés potentiels auraient offert un prix d'achat de l'entreprise plus élevé ni que d'autres procédures de privatisation auraient été, en l'espèce, plus prometteuses.

Elle indique enfin qu'elle n'ignore pas que la Commission a fixé quelques principes généraux applicables aux procédures de privatisation d'entreprises [51] pour exonérer l'État de son obligation de notification. Selon ces principes, lorsque la privatisation est réalisée au travers d'une procédure d'appel d'offres publique, transparente et non conditionnée à d'autres obligations et qu'elle est adjugée au plus offrant, on considère qu'il n'y a pas eu octroi d'aides. Cela ne signifie toutefois pas que d'autres procédures d'appel d'offres ne puissent pas également assurer que l'État, en tant que propriétaire du capital, réalise la vente aux meilleures conditions possibles, même lorsqu'il n'est pas exempt de l'obligation de notification, obligation à laquelle le gouvernement allemand s'est conformé. Pour savoir si la vente contient une aide au profit de l'acheteur, le prix ne peut être le seul élément décisif. Il faut procéder à une appréciation de l'ensemble des circonstances qui ont conduit à l'accord, parmi lesquelles figurent, outre le prix d'achat nominal, y compris la reprise du passif, la prise en charge des dettes de l'entreprise par l'investisseur, les garanties et les obligations auxquelles l'acheteur s'engage. Dans l'accord pour la privatisation de Gröditzer, l'acheteur s'obligeait à réaliser des investissements de 39,6 millions de DEM, avec une pénalité de 100 % des engagements non tenus, jusqu'au 31 décembre 2002; 717 emplois étaient garantis, plus 45 postes en contrat de formation et une pénalité de 40 000 DEM par emploi et par an, courant jusqu'au 31 décembre 2002, était fixée.

67. Pour la Commission, le fait de ne pas avoir organisé en l'espèce d'appel d'offres ouvert, transparent et sans conditions, adjugé au plus offrant, autorise à présumer l'attribution de subventions. Ni l'intervention de banques privées, avec les moyens de communications courants dans le commerce, ni la simple notification des mesures ne suffisent pour exclure l'existence d'aides.

68. Je souscris à nouveau aux arguments invoqués par la Commission pour estimer que la procédure n'a été ni inconditionnelle, ni ouverte, ni transparente.

D'une part, les mémorandums des banques d'investissement, qui citaient expressément la possibilité d'accorder des aides d'État, ne demandaient pas une offre contraignante, mais que les offrants présentent un plan d'entreprise, en précisant leurs engagements détaillés en matière de création et de maintien des emplois, de futurs investissements et de financement. Les entreprises sélectionnées ont été invitées à engager des négociations bilatérales; les obligations auxquelles elles s'engageaient auraient eu une influence déterminante sur le prix de vente. Il n'y avait pas non plus de demande de présentation d'une offre concrète ni de fixation a priori de paramètres ou de limites maximales pour apprécier les offres. En outre, la procédure s'est déroulée sans appel d'offres public dans le cadre d'un cahier des charges précis, mais avec une

51 — *XXIII^e rapport sur la politique de concurrence*, 1993, point 403.

invitation à l'ouverture de négociations individuelles basées sur des engagements qui devaient être pris tant par le vendeur que par l'acheteur et convenus dans une procédure vaguement définie. On peut en déduire que les obligations acceptées ont influé sur le prix stipulé.

D'autre part, les différentes positions durant les négociations finales étaient nécessairement dues à la procédure choisie et la société acheteuse, Georgsmarienhütte, a eu la possibilité d'adapter sa position définitive aux exigences du vendeur, de sorte que, faute de véritable concurrence, il n'y a pas eu de garantie que la contrepartie des obligations acceptées, qui n'avaient pas été communiquées préalablement à tous les soumissionnaires, correspondait au prix normal du marché. Ce défaut de transparence est confirmé par l'article 6 de la décision attaquée, aux termes duquel la République fédérale d'Allemagne avait l'intention d'accorder à l'entreprise, en application de l'article 9, paragraphe 2, de l'accord du 27 février 1997, relatif à la vente de parts de Gröditzer à Georgsmarienhütte, des prêts d'un montant de 3,3 millions de DEM, sous forme d'avance pour les aides régionales à recevoir.

69. Enfin, je ne suis pas non plus d'accord avec la République fédérale d'Allemagne lorsqu'elle affirme que les critiques de la Commission envers la procédure de privatisation constituent une ingérence dans l'autonomie des États membres. Si la sauvegarde du régime de propriété privée est prévue à l'article 295 CE, l'attribution d'aides publiques lors du passage de la propriété publique à la propriété privée est interdite par l'article 87 CE et l'article 4, sous c), du traité CECA. Je partage la position de la Commission, selon laquelle le fait que l'entreprise ait été vendue au plus offrant dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, parce que les autres soumissionnaires n'étaient pas disposés à la reprendre à moins que l'État ne fournisse des moyens financiers plus importants, ne prouve pas que les conditions qui ont été convenues avec l'adjudicataire ne comportaient pas de subventions.

70. Pour les raisons exposées, ce moyen doit également être rejeté dans sa totalité comme non fondé.

VI — Sur les dépens

71. Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens par l'autre partie. Étant donné que je propose le rejet du recours de la République fédérale d'Allemagne et que la Commission a demandé le remboursement des frais judiciaires, il convient de condamner l'État membre requérant aux dépens.

VII — Conclusion

72. En vertu des considérations qui précèdent, je propose qu'il plaise à la Cour:

1) rejeter dans sa totalité le recours introduit par la République fédérale d'Allemagne, dans lequel elle demandait l'annulation des articles 4 à 7 de la décision 1999/720/CE, CECA de la Commission, du 8 juillet 1999, concernant l'aide d'État mise à exécution par la République fédérale d'Allemagne en faveur de Gröditzer Stahlwerke GmbH et de sa filiale Walzwerk Burg GmbH;

2) condamner l'État requérant aux dépens.