CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. ANTONIO TIZZANO

présentées le 20 septembre 2001 [1]

1. Par recours présenté le 24 mai 2000, conformément à l'article 88, paragraphe 2, deuxième alinéa, CE, la Commission demande à la Cour de constater que la République fédérale d'Allemagne ne s'est pas conformée à la décision 2000/392/CE de la Commission, du 8 juillet 1999 [2], (ci-après la «décision»), relative aux aides accordées à la banque publique Westdeutsche Landesbank Girozentrale (ci-après la «WestLB»). La Commission reproche en particulier à la République fédérale d'Allemagne de ne pas avoir adopté dans le délai imparti les mesures nécessaires à la récupération des aides illégalement accordées à cette banque: elle aurait ainsi manqué aux obligations que lui imposent l'article 249, quatrième alinéa, CE ainsi que l'article 3 de la décision.

Les faits et la procédure

La décision

2. La décision qui est à l'origine de la présente affaire concerne une opération effectuée par le Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie (ci-après le «Land NRW»), par loi du 18 décembre 1991, aux fins essentiellement, selon la décision elle-même, d'augmenter les capitaux propres d'une banque publique, la WestLB, dont le Land est un associé, et de permettre ainsi à cette banque de conserver des marges de fonctionnement élevées qu'elle n'aurait normalement pas eues en vertu des réglementations nationale et communautaire en matière d'établissements de crédit.

3. L'opération consistait en particulier dans le transfert à la WestLB (par voie d'absorption) d'un autre organisme de droit public, la Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen (ci-après la «Wfa»), entièrement détenu par le Land NRW et ayant pour mission institutionnelle l'octroi d'aides financières pour la construction de logements. Le transfert ne s'est pas accompagné d'une augmentation de la participation du Land NRW dans la banque absorbante, mais prévoyait seulement que, à partir de janvier 1992, l'apporteur public recevrait pour les capitaux apportés une rémunération en numéraire fixée à un taux annuel de 0,6 % après impôts.

4. L'opération a suscité beaucoup d'émoi parmi les banques privées allemandes qui,

1 — Langue originale: l'italien.
2 — JO L 150, p. 1.

par l'intermédiaire d'une association (le Bundesverband deutscher Banken), ont saisi la Commission de deux plaintes, en mars 1993 et en mai 1994, pour dénoncer respectivement une violation de la directive 89/299/CEE du Conseil, du 17 avril 1989, concernant les fonds propres des établissements de crédit [3], et une violation des règles communautaires en matière d'aides d'État. Au vu de cette seconde plainte, la Commission a décidé le 1er octobre 1997 d'ouvrir une procédure d'enquête conformément à l'article 88, paragraphe 2, CE, qu'elle a conclue par la décision du 8 juillet 1999 qui a qualifié l'opération critiquée d'aide d'État illicite et incompatible avec le marché commun, et en a ordonné simultanément la récupération.

5. En résumé, la Commission a contesté le caractère inadéquat de la rémunération accordée au Land NRW en contrepartie du transfert de la Wfa, car, à son avis, une rémunération conforme à la valeur du marché aurait dû atteindre 9,3 % par an après impôts, pour une partie des actifs transférés à la WestLB et 0,3 %, toujours après impôts, pour le reste. Sur la période 1992/1998, la différence entre la rémunération correspondant au prix du marché et celle qui a été accordée au Land NRW a été évaluée à la somme totale de 1 579 700 000 DEM (807 700 000 euros), indiquée comme représentant le montant total de l'aide.

3 — JO L 124, p. 16.

6. Le dispositif de la décision prévoit donc que:

«*Article premier*

L'aide d'État mise à exécution par l'Allemagne en faveur de la Westdeutsche Landesbank Girozentrale, pour un montant de 1 579 700 000 DEM (807 700 000 EUR) de 1992 à 1998, est incompatible avec le marché commun.

Article 2

1. L'Allemagne prend toutes les mesures nécessaires pour récupérer auprès de son bénéficiaire l'aide visée à l'article 1er et déjà illégalement mise à sa disposition.

2. La récupération a lieu conformément aux procédures du droit national. Les aides à récupérer incluent des intérêts à partir de la date à laquelle elles ont été mises à la disposition des bénéficiaires, jusqu'à la date de leur récupération. Les intérêts 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.

Article 3

L' Allemagne informe la Commission, dans un délai de deux mois à compter de la date de la notification de la présente décision, des mesures qu'elle a prises pour s'y conformer.

[...]».

Les recours formés contre la décision

7. Contre cette décision, qu'elle considère comme illégale et gravement préjudiciable à ses intérêts, la République fédérale d'Allemagne a introduit, le 7 octobre 1999, un recours en annulation devant la Cour (affaire Allemagne/Commission, C-376/99, pendante devant la Cour), invoquant en particulier l'incompétence de la Commission, la violation de formes substantielles et la violation du traité CE et de règles de droit relatives à son application. Cependant, à la suite des recours formés presque aussitôt après (le 12 octobre 1999) par la WestLB et par le Land NRW contre cette même décision devant le Tribunal de première instance (affaires T-228/99 et T-233/99), la procédure devant la Cour a été suspendue par ordonnance du 8 février 2000. Entre-temps, la République fédérale d'Allemagne est intervenue au soutien des thèses des requérants dans le cadre des affaires pendantes devant le Tribunal.

8. Il faut souligner que, malgré les trois recours précités, aucune partie n'a demandé le sursis à l'exécution de la décision attaquée en application de l'article 242 CE.

Les mesures élaborées par les autorités allemandes pour assurer l'exécution de la décision

9. La décision a été notifiée au gouvernement allemand le 4 août 1999. Exactement deux mois plus tard, le 4 octobre 1999, la République fédérale d'Allemagne a porté à la connaissance de la Commission les mesures d'exécution que le Land NRW avait l'intention d'adopter. Par lettre du 1er décembre 1999, la Commission s'est toutefois opposée à ces mesures, estimant qu'elles ne permettaient pas de faire disparaître les distorsions de concurrence découlant de l'aide contestée. Ayant pris acte de cette appréciation, le gouvernement allemand a proposé d'autres mesures d'exécution le 15 mars 2000, qui ont été, elles aussi, rejetées par la Commission par lettre du 29 mars 2000. Les autorités allemandes ont ensuite transmis de nouveaux éléments à cet égard le 5 avril 2000.

10. Les mesures d'exécution conçues par les autorités allemandes et les prises de

position de la Commission à leur sujet peuvent être résumées comme suit:

a) Les mesures communiquées le 4 octobre 1999

11. Selon la solution imaginée par les mesures en question (fruit d'un accord entre les «garants» de la WestLB [4], transmis à la Commission en annexe à la lettre des autorités fédérales), une partie supplémentaire des plus-values enregistrées par la banque entre 1992 et 1998 aurait été réservée au Land NRW au moment de la liquidation de la WestLB ou en cas de modification des parts du capital social des associés. En plus de la partie lui revenant au titre de sa participation dans la WestLB, ce dernier aurait en effet pu obtenir une quote-part supplémentaire, égale à 22,1 % de l'ensemble des bénéfices distribués, en tant que contrepartie à l'apport de la Wfa. Étant donné que, selon les calculs du Land NRW, ce surplus aurait été égal à 10 milliards de DEM pour la période 1992-1998, la part supplémentaire de 22,1 % aurait rapporté au minimum 2,21 milliards de DEM à cette collectivité, compensant ainsi l'aide contestée par la décision.

12. Les mesures communiquées par les autorités allemandes prévoyaient en outre, pour la période postérieure à 1998, la transformation des réserves spéciales de la Wfa en «participation passive» du Land NRW, dont les caractéristiques n'étaient cependant pas précisées. Les parts dans le capital social seraient restées inchangées, mais, à l'occasion d'augmentations du capital futures, le Land NRW aurait eu le droit de souscrire des parts du capital par la conversion d'une partie de sa participation passive à un taux que les garants auraient déterminé à chaque fois à l'unanimité.

13. Enfin, selon ce qui était prévu, l'accord aurait été annulé avec effet rétroactif en cas d'annulation ou de confirmation définitive de la décision par les juges communautaires, ou en cas de constatation par les juges de l'inaptitude de l'accord à exécuter correctement la décision. Dans les deux dernières hypothèses, les associés auraient décidé d'un commun accord des modalités adéquates d'exécution de la décision.

14. Par lettre du 1er décembre 1999, la Commission a informé le gouvernement

4 — Les «garants» de la WestLB sont en pratique les entités publiques qui la détiennent. Sur ce point, il ressort de la décision qu'elle «est détenue à 100% par le secteur public. Son principal actionnaire est le Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie (43,2 %), les autres actionnaires étant le Landschaftsverband Rheinland et le Landschaftsverband Westfalen-Lippe (groupements de communes de Rhénanie et de Westphalie-Lippe), qui détiennent 11,7 % du capital, ainsi que le Rheinische Sparkassen-und Giroverband et le Westfälisch-Lippische Sparkassen-und Giroverband (associations de caisses d'épargne des régions de Rhénanie et de Westphalie-Lippe), qui détiennent chacun 16,7 % des parts. [...] Les actionnaires publics sont responsables de la WestLB en tant qu'établissement de droit public pour les pertes éventuelles et à tire de garant. En tant que responsables des pertes éventuelles, les actionnaires de la WestLB sont tenus d'assurer la base économique et la capacité de fonctionnement de l'établissement pendant toute la durée de son existence. Cette garantie n'entraîne pas la responsabilité des actionnaires vis-à-vis des créanciers de la banque; elle vise uniquement à définir les relations entre les autorités et la banque. En tant que garants, les actionnaires sont responsables de l'ensemble des engagements de la banque, dans la mesure où ils ne peuvent pas être couverts par le capital de la banque. Le garant est responsable vis-à-vis des créanciers. Les deux garanties sont illimitées dans le temps et en valeur» (points 15 et 16).

fédéral que, à son avis, les mesures communiquées ne constituaient pas une exécution correcte de la décision. Selon la Commission, en effet, la modification des participations des associés aux plus-values de la WestLB serait restée sans conséquence pour la banque au niveau des coûts: la proposition reviendrait en pratique à une renonciation des autres associés à une partie des actifs de la banque en faveur du Land NRW, sans compenser cependant la distorsion de concurrence résultant de l'aide contestée dans la décision.

b) Les mesures proposées le 15 mars 2000

15. Bien qu'il ne partageât pas l'analyse de la Commission, le gouvernement allemand proposa d'autres mesures d'exécution de la décision, le 15 mars 2000.

16. Selon cette proposition, au lieu d'une somme en liquide, la WestLB aurait accordé au Land NRW une compensation en nature prenant la forme d'une participation passive, qui aurait été consentie après approbation de la Commission avec effet rétroactif à compter du 1er janvier 2000. Selon les autorités allemandes, la valeur de la participation (égale à 2,2 milliards de DEM) aurait été équivalente au montant des aides prétendument accordées entre le 1er janvier 1992 et le 31 décembre 1999, y compris les intérêts échus jusqu'à cette date.

17. Selon ce qui était prévu, la participation passive aurait supporté intégralement les pertes de la banque et aurait produit des intérêts annuels sur sa valeur comptable, au taux du marché en vigueur au moment de sa constitution, sous réserve des éventuelles pertes. Ces intérêts, à inscrire parmi les dépenses dans le bilan économique de la banque, n'auraient toutefois pas été versés au Land NRW mais gardés par la WestLB jusqu'à ce que les juridictions communautaires se soient prononcées sur la décision, et ajoutés chaque année à la participation passive. En cas d'annulation de la décision, le Land NRW aurait dû restituer à la WestLB la participation passive avec les intérêts, sans obtenir aucune compensation. Le Land aurait en outre pu céder, en tout ou en partie, la participation passive à des investisseurs tiers; à cette fin, la WestLB aurait dû émettre un titre représentatif de cette participation.

18. Le gouvernement allemand a d'ailleurs tenu à préciser que la proposition en question tenait bien compte des observations formulées par la Commission dans la lettre du 1er décembre 1999. Dans le texte de la proposition, il était en effet souligné que la récupération en nature des aides par le biais de l'octroi de la participation passive satisferait à l'exigence d'une répercussion sur les coûts de la WestLB, étant donné que cela aurait conduit à l'inscription d'une dépense exceptionnelle (du montant de 2,2 milliards de DEM) dans le bilan économique que la banque devait publier pour l'année 2000.

19. Cependant, cette proposition a, elle aussi, été jugée inappropriée par la Com-

mission, qui l'a rejetée par lettre du 29 mars 2000. Dans cette lettre, la Commission a contesté en particulier l'idée que le remboursement de l'aide soit lié à son réinvestissement immédiat de la part du Land NRW sous la forme d'une prise de participation passive dans la WestLB. Ce réinvestissement, en effet, aurait pu à son tour constituer une aide d'État et aurait dû par conséquent être notifié à la Commission conformément à l'article 88 CE pour permettre à celle-ci d'en vérifier la conformité au principe, bien connu, de l'investisseur privé en économie de marché et, dans la négative, la compatibilité avec le marché commun. Puisque la vérification par la Commission aurait risqué d'entraîner l'ouverture d'une procédure contradictoire qui aurait probablement duré assez longtemps, la solution proposée par les autorités allemandes aurait en pratique paralysé la procédure de récupération; cette solution aurait été donc contraire au caractère immédiatement exécutoire de la décision et ne pouvait, pour cette raison, être acceptée.

20. La Commission a en outre observé que les informations communiquées par les autorités allemandes ne permettaient pas d'exclure que l'acceptation de la participation passive par le Land puisse impliquer de nouvelles aides en faveur de la WestLB, ni que celles-ci s'avèrent incompatibles avec le marché commun. À cet égard, la Commission a souligné que la lettre des autorités allemandes ne contenait aucune indication sur le montant effectif de la rémunération de la participation passive et que la conformité de cette participation aux conditions normales du marché était très difficile à vérifier, pour les motifs suivants:

— la forme particulière de la transaction;

— le fait que, jusqu'à la décision définitive des juridictions communautaires, la rémunération de la participation passive aurait été conservée par la WestLB et capitalisée;

— la difficulté à décider si la participation passive pouvait être considérée comme des fonds propres de la WestLB et, par conséquent, la situation incertaine de la banque de ce point de vue;

— le caractère conditionnel de la participation passive qui, en cas d'annulation de la décision, aurait dû être restituée à la WestLB, avec le risque de répercussions sur la possibilité concrète de céder cette participation à un tiers.

21. Comme on l'a dit, à la suite de cette réponse négative, les autorités allemandes ont fourni quelques précisions, le 5 avril 2000, sur leur proposition d'exécution. Elles ont en particulier expliqué que, pour correspondre aux conditions normales du

marché, la participation passive aurait rapporté au Land un intérêt de 5,804 %, égal au taux en vigueur Euribor sur douze mois (4,304 %) augmenté d'un pourcentage correspondant au risque de l'opération (1,5 %).

22. Les échanges de correspondance que nous avons décrits ont été suivis de diverses rencontres entre les parties, durant lesquelles elles ont cherché à concilier la proposition des autorités allemandes avec la volonté de la Commission de parvenir à une exécution rapide et correcte de la décision. Il semble que, au cours de ces réunions, la Commission ait essentiellement insisté sur la nécessité de dissocier en deux phases distinctes la récupération de l'aide et son réinvestissement, de façon à permettre d'apprécier l'existence d'un éventuel élément d'aide, et, dans l'affirmative, sa compatibilité avec le marché commun. De son côté, le gouvernement allemand a, semble-t-il, fait observer qu'un remboursement de l'aide sans la création simultanée d'une réserve occulte pour préserver la solvabilité de la banque aurait gravement compromis la stabilité de la WestLB; et, pour conjurer ce danger, il aurait notamment proposé de notifier à la Commission une nouvelle mesure portant sur la création d'une réserve occulte destinée à être maintenue en place jusqu'à l'intervention de la décision de la Commission elle-même sur le réinvestissement du montant de l'aide.

23. Pas davantage convaincue par les nouvelles propositions formulées par les autorités allemandes, la Commission les aurait averties, au cours d'une rencontre intervenue le 3 mai 2000, que, si elles n'obtempéraient pas à la décision dans un délai de deux semaines, elle se verrait contrainte de saisir la Cour de justice conformément à l'article 88, paragraphe 2, CE. Les autorités allemandes n'ayant adopté aucune mesure à la date du 24 mai 2000, la Commission s'est effectivement décidée à introduire la présente procédure.

24. Le gouvernement défendeur a présenté son mémoire en réponse le 9 août 2000 et c'est avec ce mémoire que s'est conclue la phase écrite de la procédure puisque la Commission a renoncé à présenter un mémoire en réplique. Les parties ont néanmoins eu la possibilité de développer ultérieurement leurs arguments, lors de l'audience qui s'est tenue le 7 juin 2001.

Analyse juridique

Considérations préliminaires

25. Comme on l'a déjà dit, la Cour est appelée, dans cette affaire, à se prononcer sur l'absence d'exécution d'une décision dont la légalité est encore examinée par le Tribunal de première instance, et devra ensuite être à nouveau examinée par la

Cour. Il n'est donc pas exclu que la Cour censure ici l'absence d'exécution ou la mauvaise exécution d'une décision qui pourrait par la suite être annulée.

26. Cette superposition de procédures ne constitue toutefois pas une totale nouveauté puisqu'elle s'est déjà rencontrée dans une affaire comparable à celle qui nous occupe (affaire Commission/Portugal [5]), dans laquelle la Cour a tenu à souligner l'indépendance des deux procédures. En effet, comme l'avait observé l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans cette affaire, «le fait pour la Cour de laisser en suspens la procédure en cas de recours introduit par la Commission au titre de l'article 93, paragraphe 2, deuxième alinéa, et d'attendre que le Tribunal de première instance statue avant d'examiner ce recours en parallèle avec le recours en annulation de l'État membre ou le pourvoi de l'entreprise, revient dans la pratique à suspendre l'exécution de l'acte attaqué, alors que ni l'entreprise ni l'État membre n'ont demandé aux juridictions communautaires l'adoption de mesures provisoires, qu'ils auraient parfaitement pu demander» (point 37 des conclusions).

27. Dans notre affaire, la décision impose, comme on l'a vu, aux autorités allemandes de récupérer immédiatement l'aide accordée à la WestLB, et de communiquer à la Commission, dans le délai de deux mois à compter de la notification de la décision, les mesures adoptées pour s'y conformer. Or ni le gouvernement allemand, ni le Land NRW ni la WestLB, bien qu'ils aient attaqué la validité de la décision, n'en ont demandé le sursis à exécution sur la base de l'article 242 CE, ce qui a pour conséquence que l'acte attaqué continue de produire tous ses effets, comme l'a d'ailleurs expressément reconnu le gouvernement allemand dans les communications précitées des 4 octobre 1999 et 15 mars 2000.

28. Le gouvernement en cause a toutefois invoqué la nécessité de choisir des mesures d'exécution «réversibles» de la décision, soulignant que, dans le cas contraire, la WestLB serait confrontée à un préjudice irréparable en cas d'annulation de l'acte [6]. De fait, l'exigence manifestée par le gouvernement allemand est plus que compréhensible; elle est conforme, d'ailleurs, au principe selon lequel les États membres jouissent d'une marge d'appréciation dans la mise en œuvre des décisions de la Commission et peuvent donc choisir, s'il existe plusieurs façons de procéder pour récupérer des aides illégales, celles qui peuvent le plus facilement être révoquées en cas d'annulation de la décision. Rappelons en outre que, selon une jurisprudence constante, «étant donné l'absence de dispositions communautaires portant sur la procédure de recouvrement des montants

5 — Dans ce cas également, la Cour a dû se prononcer sur l'absence de récupération d'aides (arrêt du 27 juin 2000, C-404/97, Rec. p. I-4897) alors que des recours parallèles étaient pendants (devant la Cour elle-même, qui avait ordonné la suspension de la procédure, et devant le Tribunal) sur la légalité de la décision qui imposait cette récupération, sans que le sursis à l'exécution de cette décision ait été demandé.

6 — Cette préoccupation a été exprimée en particulier en réponse aux affirmations de la Commission dans la lettre précitée du 29 mars 2000 concernant la nécessité de procéder en deux étapes distinctes pour récupérer l'aide et réinvestir par la suite le montant correspondant.

indûment versés, la récupération des aides irrégulièrement octroyées doit être effectuée selon les modalités prévues par le droit national» [7]; et que cette ligne jurisprudentielle a été confirmée par le règlement (CE) n° 659/1999 (CE) du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE [8], dont l'article 14, paragraphe 3, prévoit à ce sujet que «la récupération s'effectue sans délai et conformément aux procédures prévues par le droit national de l'État membre concerné».

29. La liberté ainsi reconnue aux États membres trouve toutefois sa limite évidente dans la nécessité de mettre correctement et sans retard à exécution la décision de la Commission. C'est pourquoi justement la jurisprudence rappelée ci-dessus a également précisé que «l'application du droit national ne doit pas porter atteinte à la portée et à l'efficacité du droit communautaire. En d'autres termes, l'application des dispositions nationales [...] ne doit pas rendre la récupération des sommes irrégulièrement octroyées pratiquement impossible [...]» [9]. L'article 14, paragraphe 3, du règlement n° 659/1999, précité, dispose, quant à lui, que les procédures nationales s'appliquent seulement «pour autant que ces dernières permettent l'exécution immédiate et effective de la décision de la Commission».

30. Dans des cas tels que celui qui nous occupe, par conséquent, le recours à des mesures d'exécution «réversibles» de la part des autorités allemandes est, en principe, parfaitement légitime. Mais il est évident que si cela n'était pas possible, et si les intéressés ne voulaient ou ne pouvaient pas obtenir le sursis à l'exécution de l'acte au sens de l'article 242 CE, le risque de subir un préjudice grave et irréparable ne pourrait pas autoriser les autorités allemandes à ne pas donner exécution entière et immédiate à la décision.

31. Cela dit, il nous faut à présent déterminer si les mesures mises au point par les autorités allemandes sont propres à assurer une exécution correcte de la décision. Nous devons d'ailleurs avertir que, étant donné la complexité desdites mesures, l'appréciation que nous nous apprêtons à porter se serait appuyée sur des bases plus solides et plus certaines si, dans la phase précontentieuse, les parties avaient effectué, en particulier sur les implications directes et indirectes de la mesure, une analyse plus développée et approfondie que celle qui ressort du dossier.

Les mesures communiquées le 4 octobre 1999

32. Comme on l'a dit, le 4 octobre 1999, soit deux mois après la notification de la décision, le gouvernement allemand a communiqué à la Commission les mesures d'exécution que le Land NRW comptait

7 — Arrêt du Tribunal du 8 juin 1995, Siemens/Commission (T-459/93, Rec. p. II-1675, point 82). Dans le même sens, voir, parmi de nombreux autres arrêts, ceux de la Cour du 2 février 1989, Commission/Allemagne (94/87, Rec. p. 175, point 12); du 21 mars 1990, Belgique/Commission (C-142/87, Rec. p. I-959, point 61), et du 20 mars 1997, Alcan Deutschland (C-24/95, Rec. p. I-1591, point 24).

8 — JO L 83, p. 1.

9 — Arrêt Siemens/Commission, précité, point 82.

adopter. Ces mesures consistaient en substance:

i) à reconnaître au Land le droit d'obtenir, au moment de la dissolution de la WestLB ou en cas de modification des parts des associés dans le capital, une quote-part supplémentaire des plus-values enregistrées par la banque de 1992 à 1998;

ii) pour la période postérieure à 1998, à transformer les réserves spéciales de la Wfa en une participation passive du Land NRW, dont les caractéristiques n'étaient cependant pas précisées.

33. Avant d'examiner ces mesures, il faut signaler qu'au cours de l'audience les parties ont longuement débattu de la nature de l'accord intervenu entre les garants de la WestLB, annexé à la communication du gouvernement fédéral du 4 octobre 1999, pour établir s'il s'agissait de mesures effectivement adoptées pour mettre en œuvre la décision, comme le soutient le gouvernement allemand, ou s'il s'agissait d'une simple proposition d'exécution, comme l'estime la Commission. Cette discussion a porté essentiellement, d'une part, sur le fait que les mesures sous i) ont été approuvées par les garants de WestLB «sous réserve de l'accord du collège» (dont l'existence n'est pas clairement définie); et, d'autre part, sur le fait que les mesures sous ii) constituaient uniquement les «points principaux» d'un accord qui restait encore à conclure entre les garants. Sur ces éléments, les parties ont porté des appréciations divergentes, également à la lumière de la réglementation nationale applicable, parvenant ainsi à des conclusions opposées sur la nature de l'accord.

34. La solution de cette question ne nous paraît toutefois pas fondamentale aux fins de la présente affaire. Comme nous l'avons dit, en effet, la Commission a rejeté les mesures communiquées par le gouvernement allemand au motif qu'elles ne seraient pas de nature à assurer une exécution correcte de la décision; par son recours, elle entend donc faire constater que l'État membre défendeur n'a pas adopté les mesures *nécessaires* pour mettre à exécution la décision. C'est pourquoi, à supposer même que les mesures litigieuses puissent être considérées comme effectivement adoptées, elles devraient néanmoins être examinées du point de vue de leur contenu, afin d'établir si elles permettaient ou non de récupérer les aides illégalement accordées à la WestLB.

35. Venons-en donc à l'examen de ces mesures. Il faut rappeler que, selon la Commission, la participation accrue du Land à la valorisation des actifs de la banque n'aurait pas pu constituer une exécution correcte de la décision parce qu'elle aurait consisté en une renonciation des autres associés publics de la WestLB à une partie du patrimoine de la banque en faveur du Land NRW, sans avoir d'incidence sur les coûts de la société; or, s'il en

est ainsi, la Commission estime qu'il n'y aurait pas eu de compensation de l'avantage concurrentiel conféré à la WestLB par l'aide. À l'opposé, le gouvernement allemand rétorque que, à la lumière du critère de l'investisseur privé en économie de marché, si la participation du Land NRW à la valorisation des actifs de la WestLB avait été augmentée en proportion, l'apport de la Wfa réalisé en son temps n'aurait pas donné lieu à une aide, ce qui signifierait que en procédant à une telle augmentation a posteriori, mais avec effet rétroactif, on aurait pu atteindre l'objectif recherché, à savoir la suppression de l'aide.

36. Nous croyons nous aussi, comme la Commission, que, en réalité, une telle opération aurait consisté en substance en une renonciation des autres associés publics à une partie des plus-values de la WestLB en faveur du Land NRW, avec pour résultat, ajoutons-nous, de rémunérer ce dernier pour sa renonciation à la créance tenant à la restitution des aides. Mais nous ne sommes pas complètement convaincu qu'une telle opération devait être considérée *en soi* comme impraticable. Nous croyons, au contraire, que, si elle avait été réalisée aux conditions normales du marché, elle aurait pu correspondre à un investissement des associés publics dans la WestLB destiné à financer l'extinction de la dette tenant à la récupération des aides. À cette fin, il aurait fallu par conséquent déterminer, comme le proposait le gouvernement défendeur, si le comportement du Land NRW et des autres associés publics de la WestLB était conforme au critère de l'investisseur privé en économie de marché. Il aurait donc fallu rechercher:

— d'une part, si un associé privé de la banque aurait accepté de renoncer à une créance égale au montant des aides accordées grâce au transfert de la Wfa en échange d'une participation accrue aux plus-values enregistrées par la banque entre 1992 et 1998, en ne perdant pas de vue que cette participation se serait concrétisée uniquement au moment de la liquidation de la banque ou en cas de modification des parts des associés dans le capital;

— d'autre part, si les associés privés de la banque auraient accepté de renoncer à une partie de leur propre taux de participation aux plus-values en faveur d'un autre associé, en échange de sa renonciation à une créance égale au montant des aides à récupérer;

— et cela en se souvenant, dans les deux cas, de l'intérêt spécifique qu'ont les associés à la valorisation de la banque, comportant évidemment une augmentation de la valeur de leurs participations.

37. Si la réponse était négative au vu du critère précité de l'investisseur privé, l'opération aurait bien entendu été inacceptable,

sauf autorisation expresse de la Commission, parce qu'elle aurait en pratique assuré la récupération de l'aide au moyen d'une nouvelle aide; dans le cas contraire, en revanche, la compensation obtenue par le Land aurait bel et bien permis la récupération des aides accordées à la WestLB. En réalité, dans ce cas de figure, on ne pourrait pas soutenir, comme l'a fait la Commission, que l'opération aurait été sans incidence pour la banque sur le plan des coûts, puisque l'investissement réalisé par les associés publics de la banque, au lieu de financer l'activité de celle-ci (comme cela aurait pu se produire sans l'intervention de la décision de la Commission), aurait été destiné à l'extinction de la dette relative à la récupération des aides. Cette affectation de l'investissement aurait donc soustrait d'importantes ressources à la banque, avec des répercussions évidentes sur ses coûts de gestion.

38. Cela étant dit en général, il faut toutefois souligner que la décision a imposé à la République fédérale d'Allemagne d'adopter les mesures *nécessaires* pour récupérer les aides accordées à la WestLB et d'en informer la Commission. Il incombait donc à l'État membre de communiquer à la Commission les mesures adoptées (ou qu'il entendait adopter) pour la récupération des aides et de démontrer qu'elles étaient aptes à atteindre le résultat prescrit par la décision. Nous considérons en effet que, s'il est vrai en principe qu'il incombe à la Commission de prouver qu'un État membre a octroyé une aide illicite, il est également vrai qu'il incombe, en revanche, à cet État de démontrer qu'il a pleinement exécuté, et dans les délais, l'éventuelle décision qui lui impose de récupérer l'aide, étant bien entendu que, dans les deux cas, il existe un devoir de coopération réciproque au sens de l'article 10 CE.

39. Si par conséquent l'État membre décide de ne pas récupérer l'aide par le biais d'un simple paiement en numéraire mais choisit d'avoir recours à des mesures alternatives, il est tenu de démontrer que ces mesures permettent d'atteindre le résultat imposé par la décision. Ainsi, dans le cas où l'État décide de financer le paiement de la dette relative à la récupération de l'aide par le biais d'un nouvel investissement (pour prendre un exemple immédiatement compréhensible, on peut songer à une opération de «debt/equity swap» destinée à convertir la créance de l'État en une participation dans le capital de l'entreprise bénéficiaire), il lui faudra démontrer qu'une telle opération permet d'assurer la récupération imposée par la décision sans comporter l'octroi d'aides nouvelles.

40. Il s'ensuit que, dans l'affaire qui nous occupe, le gouvernement allemand aurait dû fournir des éléments de nature à démontrer que l'octroi au Land NRW d'une partie supplémentaire des plus-values de la WestLB permettait d'assurer la récupération exigée par la décision et n'impliquait pas l'octroi de nouvelles aides. Or, il ne nous semble pas, tout au moins au vu des éléments qui ont été portés à la connaissance de la Cour, que cette démonstration ait été faite.

41. Tout d'abord, en effet, le gouvernement défendeur n'a pas démontré qu'un associé

privé aurait renoncé à une créance certaine et exigible égale au montant des aides à récupérer en échange du droit d'obtenir une partie supplémentaire des plus-values de la banque au moment de la liquidation de la WestLB ou en cas de modification des parts des associés dans le capital (c'est-à-dire à une date future et incertaine). Ensuite, le gouvernement défendeur n'a pas non plus démontré que la renonciation de la part des autres associés publics à une partie des plus-values, afin de récompenser le Land NRW de sa renonciation à la créance tenant à la restitution de l'aide, était conforme au critère de l'investisseur privé.

42. Puisque le gouvernement défendeur n'a pas démontré que l'opération envisagée était conforme au critère de l'investisseur privé ni que, par conséquent, celle-ci permettait de réaliser correctement la récupération des aides, on ne peut pas considérer qu'il a adopté et communiqué à la Commission dans les délais les mesures propres à exécuter la décision.

43. De même, nous estimons que le gouvernement allemand n'a pas démontré que la transformation, à partir de 1998, des réserves spéciales de la Wfa en participation passive du Land NRW aurait permis de verser à ce dernier une rémunération appropriée (pro futuro) pour le transfert dudit organisme à la WestLB. Il faut en revanche souligner le caractère extrêmement vague de cette opération, puisqu'aucune indication sur les caractéristiques de la participation passive accordée au Land n'a été fournie.

44. Mais, indépendamment de ces considérations, nous devons observer que les mesures en question ne nous semblent pas aptes à assurer l'exécution de la décision en raison également de leur caractère totalement précaire. En effet, comme l'a relevé la Commission, les garants de la WestLB avaient décidé que l'accord conclu entre eux aurait été annulé avec effet rétroactif non seulement en cas d'annulation de la décision par les juges communautaires, ou de décision constatant le caractère impropre de cet accord à en assurer l'exécution, mais aussi en cas de confirmation définitive de la décision par les juges. Par conséquent, dans tous les cas de figure, quelle que soit l'issue des procédures actuellement pendantes, les mesures en question n'auraient pas été mises en œuvre: nous ne voyons donc pas comment on pourrait affirmer qu'elles permettaient de récupérer les aides accordées à la WestLB.

45. À cet égard, nous ne sommes pas non plus convaincu par l'argument du gouvernement allemand qui consiste à dire que les mesures litigieuses ont été choisies exclusivement pour leur nature «réversible», avec l'intention, en cas de confirmation définitive de la décision, de les remplacer par des mesures «irréversibles» mais moins onéreuses pour les associés de la WestLB. Cet argument ne résiste, en effet, pas à l'objection tirée de l'absolue précarité des mesures en question, destinées en tout état de cause à être annulées avec effet rétroactif et, par conséquent, impropres à exécuter la décision.

46. À la lumière de l'ensemble des considérations qui précèdent, nous estimons

donc que les mesures communiquées à la Commission le 4 octobre 1999 n'étaient pas propres à assurer l'exécution de la décision.

Les mesures proposées le 15 mars 2000

47. Les mesures proposées le 15 mars 2000 consistaient pour l'essentiel, comme on l'a vu plus haut, à attribuer au Land NRW une participation passive dans la WestLB, librement cessible aux tiers, s'élevant à 2,2 milliards de DEM. Il était prévu que cette participation supporterait intégralement les pertes de la banque (même si aucune précision n'était fournie à cet égard) et produirait des intérêts annuels sur sa valeur comptable, au taux du marché en vigueur au moment de sa constitution (fixé par la suite à 5,804 %) sous réserve des éventuelles pertes; ces intérêts ne devaient toutefois pas être immédiatement versés au Land mais être gardés par la banque et capitalisés jusqu'à la décision définitive des juridictions communautaires sur les recours en annulation formés contre la décision. En cas de succès de ces recours, le Land aurait dû restituer à la banque la participation passive augmentée des intérêts échus à cette date, sans obtenir aucune compensation.

48. La Commission estime que ces mesures n'auraient pas été propres à assurer une exécution effective de la décision parce que le réinvestissement immédiat du montant à récupérer, sous la forme d'une prise de participation passive, aurait pu masquer l'octroi d'une nouvelle aide d'État. Cette opération aurait donc dû faire l'objet d'une notification conformément à l'article 88, paragraphe 3, CE pour permettre à la Commission d'en vérifier la conformité avec le critère de l'investisseur privé en économie de marché, et éventuellement la compatibilité avec le marché commun; ce qui aurait nécessité, selon toute probabilité, l'ouverture d'une procédure relativement longue au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE. Pour ne pas retarder l'exécution de la décision, il aurait donc fallu distinguer deux phases successives: celle de la récupération de l'aide et celle de son réinvestissement. La Commission a en outre indiqué qu'elle avait de sérieux doutes, au vu des informations fournies par les autorités allemandes, quant à la conformité de l'opération en question avec le critère de l'investisseur privé et, par conséquent, quant au versement de nouvelles aides à la WestLB. Elle a enfin reproché aux autorités allemandes de ne pas avoir expliqué clairement la suppression pour l'avenir de tout élément d'aide relatif à la rémunération des actifs de la Wfa apportés à la WestLB.

49. Le gouvernement allemand, de son côté, a soutenu que l'opération en question n'aurait pas impliqué l'octroi de nouvelles aides, étant parfaitement conforme au critère de l'investisseur privé, et n'aurait donc pas eu besoin d'être notifiée conformément à l'article 88, paragraphe 3, CE; la demande de la Commission de réalisation de cette opération en deux phases distinctes (la récupération de l'aide et son réinvestissement ultérieur) ne se justifiait donc pas. Quant à l'élimination de l'aide pour l'avenir, il est précisé dans le mémoire en défense que, même si la proposition en question n'avait rien prévu sur ce point, ce

problème aurait néanmoins été résolu grâce à l'application des mesures communiquées le 4 octobre 1999, encore valides, sur la base desquelles les réserves spéciales de la Wfa auraient dû être transformées en une participation passive du Land.

50. Pour notre part, nous observons que les préoccupations de la Commission, à savoir éviter que les aides illégalement accordées ne soient récupérées au moyen de l'attribution de nouvelles aides, paraissent en l'espèce fondées. En effet, comme nous l'avons dit plus haut, pour pouvoir financer la récupération des aides par le biais de nouveaux investissements, les États membres devraient démontrer que les opérations envisagées sont propres à assurer l'exécution des décisions de la Commission et qu'il n'y a pas d'aides nouvelles. Dans le cas où cette démonstration est effectivement faite, et où, par conséquent, la Commission est mise en mesure de vérifier la faisabilité des solutions retenues, l'exigence d'un processus en deux phases distinctes pour la récupération des aides et leur réinvestissement n'a pas lieu d'être. Cependant, si les informations fournies par les États membres ne permettent pas d'exclure le versement de nouvelles aides, l'exigence, posée par la Commission, d'une récupération immédiate des aides illégalement accordées, afin de ne pas retarder l'exécution de ses décisions, nous paraît alors fondée.

51. Dans la présente affaire, les autorités allemandes auraient donc dû démontrer à la Commission que les mesures communiquées le 15 mars 2000 permettaient d'assurer l'exécution de la décision sans verser de nouvelles aides à la WestLB. Pour ce faire, elles auraient dû en pratique démontrer que, à la place du Land NRW, un associé privé de la banque aurait été prêt à renoncer à une créance certaine et exigible d'un montant égal à la valeur de l'aide à récupérer en échange de l'obtention d'une participation passive, compte tenu en particulier:

— des intérêts produits par celle-ci;

— de l'incidence des éventuelles pertes de la banque sur la valeur de la participation et sur sa rémunération;

— de la possibilité d'obtenir le remboursement de cette participation et des éventuelles conditions exigées à cette fin;

— de la possibilité pratique de transférer cette participation à des tiers.

52. Il ne nous semble pas toutefois que cette démonstration ait été faite par les autorités allemandes, qui se sont contentées en pratique d'observer que la participation passive n'aurait pas représenté une nouvelle aide à la WestLB parce qu'elle aurait été accordée aux conditions du marché. Le fait que la participation passive aurait rapporté au Land des intérêts correspondant au niveau du marché n'équivaut pas à prouver

qu'un associé privé de la banque aurait accepté de renoncer à une créance du montant des aides à récupérer en échange de l'octroi d'une telle participation.

53. Observons en outre que, comme l'a souligné la Commission et comme l'a implicitement reconnu le gouvernement défendeur lui-même, les informations fournies par les autorités allemandes ne permettaient pas de déterminer si les mesures litigieuses rendaient possible l'élimination pour l'avenir de l'aide accordée à la WestLB. Peu importent à cet égard les observations formulées dans le mémoire en défense sur la possible application des mesures communiquées le 4 octobre 1999 et, en particulier, sur la possibilité de procéder à la transformation envisagée, à partir de 1998, des réserves spéciales de la Wfa en une participation passive du Land: à cet égard il suffit de renvoyer à ce qui a été dit plus haut sur le caractère extrêmement vague de l'opération en question (point 43) et, plus généralement, sur le caractère totalement provisoire des mesures communiquées le 4 octobre 1999, destinées, quoi qu'il se passe, à être annulées avec effet rétroactif (points 44 et 45).

54. Puisqu'il n'a pas été démontré que les mesures proposées le 15 mars 2000 étaient conformes au critère de l'investisseur privé et que, par conséquent, elles permettaient de réaliser correctement la récupération des aides, on ne peut pas non plus considérer dans ce cas que le gouvernement défendeur a adopté et communiqué dans les délais à la Commission les mesures propres à exécuter la décision.

Observations finales

55. En définitive, s'il n'est pas exclu en principe que la récupération des aides accordées à la WestLB puisse se faire au travers d'opérations complexes impliquant de nouveaux investissements de la part des associés publics de la banque, nous estimons cependant que, dans le cas d'espèce, les diverses mesures élaborées à cette fin par les autorités allemandes ne pouvaient pas être qualifiées de mesures d'exécution valables de la décision. Par conséquent, même si nous ne partageons pas entièrement les critiques formulées par la Commission à l'encontre de ces mesures, il n'en reste pas moins que la République fédérale d'Allemagne n'a pas correctement mis à exécution la décision, avec pour conséquence qu'il y a lieu d'accueillir le présent recours.

Sur les dépens

56. L'article 69 du règlement de procédure prévoit que la partie qui succombe doit être condamnée aux dépens s'il en est fait la demande. Puisque la Commission a conclu en ce sens et compte tenu de ce que nous venons de dire sur le bien-fondé du recours, nous estimons qu'il doit donc être fait droit à cette demande.

Conclusion

57. Pour les motifs exposés ci-dessus, nous proposons donc à la Cour de constater et de déclarer que:

1) en ne s'étant pas conformée à la décision 2000/392/CE de la Commission, du 8 juillet 1999, concernant la mesure mise à exécution par l'Allemagne en faveur de la Westdeutsche Landesbank-Girozentrale, la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 249, quatrième alinéa, CE et de l'article 3 de ladite décision;

2) la République fédérale d'Allemagne est condamnée aux dépens.