CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE ANTONIO TIZZANO

presentate il 20 settembre 2001 [1]

1. Con ricorso presentato il 24 maggio 2000 ai sensi dell'art. 88, n. 2, secondo comma, CE, la Commissione intende far dichiarare che la Repubblica federale di Germania non si è conformata alla decisione della stessa Commissione dell'8 luglio 1999, 2000/392/CE (in prosieguo: la «Decisione») [2], relativa agli aiuti concessi alla banca pubblica Westdeutsche Landesbank Girozentrale (in prosieguo: la «WestLB»). Nel ricorso si contesta in particolare alla Germania di non aver adottato nel termine prescritto le misure necessarie per recuperare gli aiuti illegalmente concessi a detta banca: essa sarebbe quindi venuta meno agli obblighi che le impongono l'art. 249, quarto comma, CE e l'art. 3 della Decisione.

Fatti e procedura

La Decisione

2. La Decisione all'origine della presente causa riguarda un'operazione posta in essere dal Land del Nordrhein-Westfalen (in prosieguo: il «Land NRW») con legge del 18 dicembre 1991, essenzialmente al fine, secondo la stessa Decisione, di aumentare i fondi propri di una banca pubblica da esso partecipata, la WestLB, e consentire così a quest'ultima di mantenere elevati margini di operatività che altrimenti le sarebbero stati preclusi dalla normativa nazionale e comunitaria in materia di istituti di credito.

3. L'operazione consisteva in particolare nel trasferimento (per incorporazione) alla WestLB di un altro organismo pubblico, la Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen (in prosieguo: la «Wfa»), interamente di proprietà del Land NRW ed avente quale missione istituzionale la concessione di finanziamenti agevolati per la costruzione di alloggi. Il trasferimento non si accompagnava ad un aumento della partecipazione del Land NRW nella banca incorporante, ma prevedeva semplicemente che, a partire dal gennaio 1992, l'ente pubblico conferente ricevesse una remunerazione in denaro per i capitali apportati ad un tasso pari allo 0,6% annuo al netto delle imposte.

4. L'operazione ha suscitato grande preoccupazione tra le banche private tedesche,

1 — Lingua originale: l'italiano.
2 — GU L 150, pag. 1.

che per tramite di una loro associazione (il Bundesverband deutscher Banken) nel marzo 1993 e nel maggio 1994 hanno presentato due reclami alla Commissione europea, per denunciare, rispettivamente, una violazione della direttiva 89/299/CEE del Consiglio, del 17 aprile 1989, concernente i fondi propri degli enti creditizi [3], ed una violazione della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato. Con riferimento a questa seconda denuncia, il 1° ottobre 1997 la Commissione ha deciso di avviare un procedimento ex art. 88, n. 2, CE, conclusosi con la Decisione dell'8 luglio 1999, che ha qualificato l'operazione denunciata come un aiuto di Stato illegale ed incompatibile con il mercato comune, ordinandone contestualmente il recupero.

5. In buona sostanza, la Commissione ha contestato la congruità della remunerazione riconosciuta al Land NRW quale contropartita per il trasferimento della Wfa, atteso che, a suo giudizio, una remunerazione conforme al valore di mercato avrebbe dovuto raggiungere il 9,3% annuo, al netto delle imposte, per una parte degli attivi trasferiti alla WestLB e lo 0,3%, sempre al netto delle imposte, per un'altra parte. Con riferimento al periodo 1992/1998, la differenza tra la remunerazione al valore di mercato e quella riconosciuta al Land NRW è stata stimata dalla Commissione in un totale di DEM 1 579 700 000 (EUR 807 700 000), somma che è stata indicata quale ammontare complessivo dell'aiuto.

3 — GU L 124, pag. 16.

6. Nel dispositivo della Decisione viene pertanto statuito:

«*Articolo 1*

L'aiuto di Stato al quale la Germania ha dato esecuzione in favore di Westdeutsche Landesbank Girozentrale, per un importo totale di DEM 1 579 700 000 (EUR 807 700 000) negli anni dal 1992 al 1998, è incompatibile con il mercato comune.

Articolo 2

1. La Repubblica federale di Germania prende tutti i provvedimenti necessari per recuperare dal beneficiario l'aiuto di cui all'articolo 1, già posto illegalmente a sua disposizione.

2. Il recupero viene eseguito senza indugio e secondo le procedure del diritto interno. L'aiuto da recuperare comprende gli interessi che decorrono dalla data in cui l'aiuto è divenuto disponibile per il beneficiario fino alla data del recupero. Gli interessi sono calcolati sulla base del tasso di riferimento utilizzato per calcolare l'equivalente sovvenzione nell'ambito degli aiuti a finalità regionali.

Articolo 3

Entro due mesi dalla notifica della presente decisione, la Germania informa la Commissione, circa i provvedimenti presi per conformarvisi.

(...)».

I ricorsi presentati contro la Decisione

7. Avverso tale Decisione, ritenuta illegittima e gravemente lesiva dei propri interessi, il 7 ottobre 1999 la Repubblica federale di Germania ha presentato un ricorso in annullamento dinanzi alla Corte di giustizia (causa C-376/99), contestando in particolare l'incompetenza della Commissione, la violazione di forme sostanziali e la violazione del Trattato CE e di regole di diritto relative alla sua applicazione. A seguito però dei ricorsi che quasi contestualmente (il 12 ottobre 1999) anche la WestLB ed il Land NRW hanno presentato avverso la Decisione dinanzi al Tribunale di primo grado (cause T-228/99 e T-233/99), il procedimento innanzi alla Corte è stato sospeso con ordinanza dell'8 febbraio 2000. Nel frattempo, nelle cause innanzi al Tribunale è intervenuta la Repubblica federale di Germania a sostegno delle tesi dei ricorrenti.

8. Va sottolineato che nonostante la pendenza dei tre ricorsi di cui ho appena detto, nessuna parte ha chiesto la sospensione dell'esecuzione della Decisione impugnata ai sensi dell'art. 242 CE.

Le misure elaborate dalle autorità tedesche per l'esecuzione della Decisione

9. La Decisione è stata notificata al governo tedesco il 4 agosto 1999. Esattamente due mesi dopo, il 4 ottobre 1999, la Repubblica federale di Germania ha comunicato alla Commissione le misure di esecuzione che il Land NRW contava di adottare. Con lettera del 1° dicembre 1999, la Commissione si è tuttavia opposta a tali misure, ritenendo che esse non consentissero di eliminare le distorsioni di concorrenza derivanti dall'aiuto contestato. Preso atto di questa valutazione, il 15 marzo 2000 il governo tedesco ha proposto altre misure di esecuzione della Decisione, egualmente respinte dalla Commissione con lettera del 29 marzo 2000; ulteriori informazioni al riguardo sono state successivamente trasmesse dalle autorità tedesche il 5 aprile 2000.

10. Le misure d'esecuzione messe a punto dalle autorità tedesche e le relative prese di

posizione della Commissione possono essere sinteticamente illustrate come segue.

a) Le misure comunicate il 4 ottobre 1999

11. Le misure in questione (frutto di un accordo fra i «garanti» della WestLB [4], trasmesso alla Commissione in allegato alla lettera delle autorità federali) prevedevano che, al momento della liquidazione della WestLB o in caso di modifica delle quote di partecipazione dei soci, al Land NRW fosse riservata una quota supplementare delle plusvalenze registrate dalla banca tra il 1992 ed il 1998. Oltre alla parte ad esso spettante in forza della sua partecipazione nella WestLB, quest'ultimo avrebbe infatti ottenuto un'ulteriore quota, pari al 22,1% del totale distribuito, come contropartita per l'apporto della Wfa. Dato che secondo i calcoli del Land NRW tale surplus sarebbe ammontato a DM 10 miliardi per il periodo 1992-1998, la quota supplementare del 22,1% avrebbe dovuto fruttare a tale ente ben DM 2,21 miliardi, compensando così l'aiuto contestato con la Decisione.

12. Le misure comunicate dalle autorità tedesche prevedevano inoltre, per il periodo successivo al 1998, la trasformazione delle riserve speciali della Wfa in una «partecipazione passiva» del Land NRW, le cui caratteristiche non erano tuttavia specificate. Le quote del capitale sociale sarebbero rimaste immutate, ma nell'ambito di futuri aumenti di capitale il Land NRW avrebbe avuto il diritto di sottoscrivere una quota convertendo parte della propria partecipazione passiva ad un tasso che i garanti avrebbero di volta in volta stabilito all'unanimità.

13. Era infine previsto che l'accordo tra i garanti della WestLB sarebbe stato annullato con effetto retroattivo tanto se i giudici comunitari avessero dichiarato nulla la Decisione, quanto se l'avessero confermata definitivamente o se avessero constatato che l'accordo non ne consentiva una corretta esecuzione. Negli ultimi due casi, i garanti avrebbero deciso di comune accordo le opportune modalità di esecuzione della Decisione.

14. Con lettera del 1° dicembre 1999, la Commissione ha informato il governo

4 — «Garanti» della WestLB sono in pratica gli enti pubblici proprietari della banca. Al riguardo, dalla Decisione risulta che questa «è al 100 % di proprietà pubblica. La quota maggiore del suo capitale sociale è detenuta dal Land Nordrhein-Westfalen (43,2 %). Le altre partecipazioni sono in mano ai Landschaftsverbände — associazioni municipali della Renania e Westfalen-Lippe (11,7 % ciascuna), nonché le associazioni di casse di risparmio pubbliche e locali — della Renania e della Westfalen-Lippe (16,7 % ciascuna). [...] In quanto istituto di diritto pubblico la WestLB beneficia di due tipi di garanzie: "responsabilità istituzionale" ("Anstaltslast") e "responsabilità del garante" ("Gewährträgerhaftung"). Anstaltslast significa che la proprietà di WestLB è responsabile nell'assicurare la base economica dell'istituto ed il suo funzionamento per l'intera durata della sua esistenza. Tale garanzia non crea una responsabilità della proprietà nei confronti dei creditori della banca, ma si limita a disciplinare il rapporto tra l'autorità pubblica e la banca. La "Gewährträgerhaftung" stabilisce che la proprietà deve soddisfare i debiti della banca che non possono essere ripianati dal suo attivo. Essa stabilisce una responsabilità del garante nei confronti dei creditori della banca. Entrambe le garanzie non hanno limitazioni né di ordine temporale né di tipo quantitativo» (paragrafi 15 e 16).

federale che a suo avviso le misure comunicate non costituivano una corretta esecuzione della Decisione. Secondo la Commissione, infatti, la modifica delle quote di partecipazione dei soci alle plusvalenze della WestLB non avrebbe comportato nessuna conseguenza per la banca sul piano dei costi: la proposta si sarebbe in pratica risolta in una rinuncia degli altri soci ad una parte del patrimonio della banca in favore del Land NRW, senza compensare tuttavia la distorsione di concorrenza derivante dall'aiuto contestato con la Decisione.

b) Le misure proposte il 15 marzo 2000

15. Pur non condividendo la presa di posizione della Commissione, il 15 marzo 2000 il governo tedesco ha proposto altre misure di attuazione della Decisione.

16. Secondo tale proposta, invece di una somma in denaro la WestLB avrebbe accordato al Land NRW un compenso in natura sotto forma di una partecipazione passiva, che sarebbe stata conferita in seguito all'approvazione della Commissione con effetto retroattivo a partire dal 1° gennaio 2000. Secondo le autorità tedesche, il valore della partecipazione (pari a DM 2,2 miliardi) sarebbe stato equivalente all'ammontare degli aiuti asseritamente concessi tra il 1° gennaio 1992 ed il 31 dicembre 1999, compresi gli interessi maturati fino a quella data.

17. Era previsto che la partecipazione passiva sopportasse integralmente le perdite della banca e maturasse interessi annui sul suo valore contabile, al tasso di mercato vigente al momento della sua costituzione, salvo eventuali perdite. Tali interessi, da iscrivere tra le spese nel conto economico della banca, non sarebbero stati tuttavia versati al Land NRW, ma sarebbero stati custoditi dalla WestLB fino alla pronuncia definitiva dei giudici comunitari sulla Decisione ed aggiunti ogni anno alla partecipazione passiva. Nel caso in cui la Decisione fosse stata annullata, il Land NRW avrebbe restituito alla WestLB la partecipazione passiva con gli interessi e senza ottenere alcun risarcimento. Era inoltre previsto che il Land avrebbe potuto cedere, in tutto o in parte, la partecipazione passiva ad investitori terzi; a tal fine, la WestLB avrebbe dovuto emettere un titolo rappresentativo di detta partecipazione.

18. Il governo tedesco ha peraltro tenuto a precisare che la proposta in esame prendeva in debita considerazione le osservazioni formulate dalla Commissione nella lettera del 1° dicembre 1999. Nel testo della proposta era infatti sottolineato che il recupero in natura degli aiuti attraverso il conferimento della partecipazione passiva avrebbe soddisfatto l'asserita esigenza di incidere sui costi della WestLB, dato che avrebbe condotto all'iscrizione di una spesa eccezionale (dell'ammontare di DM 2,2 miliardi) nel conto economico che la banca avrebbe dovuto pubblicare per l'anno 2000.

19. Anche questa proposta è stata tuttavia ritenuta inadeguata dalla Commissione,

che l'ha respinta con lettera del 29 marzo 2000. In tale lettera veniva in particolare contestato il fatto che il rimborso dell'aiuto fosse legato ad un suo immediato reinvestimento da parte del Land NRW sotto forma di presa di partecipazione passiva nella WestLB. Detto reinvestimento, infatti, avrebbe potuto a sua volta rappresentare un aiuto di Stato ed avrebbe dovuto quindi essere notificato alla Commissione ex art. 88 CE, per consentirle di verificarne la conformità con il noto principio dell'investitore privato in un'economia di mercato e, in caso negativo, la compatibilità con il mercato comune. Dato che la verifica della Commissione avrebbe richiesto l'avvio di un procedimento contraddittorio che si sarebbe probabilmente protratto per un non breve arco di tempo, la soluzione proposta dalle autorità tedesche avrebbe in pratica paralizzato la procedura di recupero; essa avrebbe dunque contraddetto il carattere immediatamente esecutivo della Decisione e per questo motivo non poteva essere accettata.

20. La Commissione osservava inoltre che le informazioni comunicate dalle autorità tedesche non permettevano di escludere che l'assunzione della partecipazione passiva da parte del Land potesse comportare nuovi aiuti a favore della WestLB, né che questi risultassero incompatibili con il mercato comune. A tal riguardo, la Commissione sottolineava che la lettera delle autorità tedesche non conteneva alcuna indicazione sull'effettivo ammontare della remunerazione della partecipazione passiva e che la conformità di tale partecipazione con le normali condizioni di mercato era assai difficile da verificare a causa:

— della particolare forma assunta dalla transazione;

— del fatto che fino alla sentenza definitiva dei giudici comunitari la remunerazione della partecipazione passiva sarebbe stata custodita dalla WestLB e capitalizzata;

— della difficoltà di stabilire se la partecipazione passiva potesse essere annoverata tra i fondi propri della WestLB e, conseguentemente, dell'incerta situazione della banca sotto questo profilo;

— del carattere condizionato della partecipazione passiva, che in caso di annullamento della Decisione avrebbe dovuto essere restituita alla WestLB, con rischi di ripercussione sulla concreta possibilità di cedere a terzi detta partecipazione.

21. Come accennato, successivamente a tale risposta negativa, il 5 aprile 2000, le autorità tedesche hanno fornito alcune precisazioni sulla loro proposta di esecuzione. Esse hanno in particolare chiarito che, per corrispondere alle normali condizioni di mercato, la partecipazione passiva

avrebbe dovuto fruttare al Land un interesse del 5,804%, pari al vigente tasso Euribor a 12 mesi (4,304%) maggiorato di una percentuale corrispondente al rischio dell'operazione (1,5%).

22. Il descritto scambio di corrispondenza è stato seguito da diversi incontri fra le parti, durante i quali esse hanno cercato di conciliare la proposta delle autorità tedesche con l'esigenza evidenziata dalla Commissione di addivenire ad una rapida e corretta esecuzione della Decisione. A quanto risulta, nel corso di tali riunioni la Commissione avrebbe essenzialmente ribadito la necessità che il recupero dell'aiuto ed il reinvestimento fossero realizzati in due momenti distinti, in modo da consentirle di valutare l'eventuale presenza di un elemento di aiuto e, in caso positivo, la sua compatibilità con il mercato comune. Dal canto suo, il governo tedesco avrebbe osservato che un immediato rimborso dell'aiuto senza la contestuale creazione di una riserva occulta per il mantenimento della solvibilità della banca avrebbe compromesso gravemente la stabilità della WestLB; per scongiurare tale pericolo, esso avrebbe tra l'altro proposto di notificare alla Commissione una nuova misura relativa alla creazione di una riserva occulta da mantenere in vigore fino alla decisione della Commissione stessa sul reinvestimento dell'ammontare dell'aiuto.

23. Non convinta neppure dalle nuove proposte formulate dalle autorità tedesche, la Commissione le avrebbe quindi avvertite, nel corso di un incontro avvenuto il 3 maggio 2000, che se non avessero ottemperato alla Decisione nel termine di due settimane, essa sarebbe stata costretta a ricorrere alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 88, n. 2, CE. In effetti, il 24 maggio 2000, non avendo le autorità tedesche adottato alcun provvedimento, la Commissione si è decisa ad introdurre la presente causa.

24. Il governo convenuto ha presentato il proprio controricorso il 9 agosto 2000 e con quest'atto si è conclusa la fase scritta della procedura, dato che la Commissione ha rinunciato alla presentazione di una memoria di replica. Le parti hanno comunque avuto la possibilità di ulteriormente sviluppare i propri argomenti nel corso dell'udienza tenutasi il 7 giugno 2001.

Analisi giuridica

Considerazioni preliminari

25. Come ho sopra segnalato, nella presente causa la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla mancata esecuzione di una decisione la cui legittimità è ancora al vaglio del Tribunale di primo grado e dovrà poi essere nuovamente esaminata dalla stessa Corte. Non è escluso dunque

che la Corte arrivi a censurare in questa sede la mancata o non corretta esecuzione di una decisione che successivamente potrebbe essere dichiarata nulla.

26. Questa sovrapposizione di procedure non costituisce tuttavia una novità assoluta, dato che si è già verificata in un caso analogo a quello in esame (causa C-404/97, Commissione/Portogallo [5]), nel quale la Corte ha tenuto a sottolineare l'autonomia delle due procedure. In effetti, come ha osservato l'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer in quella causa, «se, nel caso in cui la Commissione abbia proposto un ricorso ai sensi dell'art. 93, n. 2, secondo comma, la Corte lasciasse in sospeso il procedimento in attesa della sentenza del Tribunale di primo grado, in modo da potere esaminare il detto ricorso parallelamente al ricorso di annullamento presentato dallo Stato membro o al ricorso dell'impresa contro la sentenza del Tribunale, in pratica si sarebbe concessa la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato senza che né l'impresa né lo Stato membro abbiano chiesto ai giudici comunitari di adottare misure provvisorie di cui avrebbero benissimo potuto fare istanza» (paragrafo 37 delle conclusioni).

27. Nel caso in esame, come si è visto, la Decisione impone alle autorità tedesche di recuperare senza indugio l'aiuto accordato alla WestLB e di comunicare alla Commissione, nel termine di due mesi dalla notifica della Decisione stessa, i provvedimenti adottati per conformarvisi. Né il governo tedesco, né il Land NRW o la WestLB, pur avendo impugnato la Decisione, ne hanno chiesto la sospensione cautelare *ex* art. 242 CE, con la conseguenza che l'atto impugnato continua a produrre pienamente i suoi effetti, come del resto è stato espressamente riconosciuto dal governo tedesco nelle ricordate comunicazioni del 4 ottobre 1999 e del 15 marzo 2000.

28. Quel governo ha tuttavia fatto valere l'esigenza di individuare misure «reversibili» di esecuzione della Decisione, sottolineando che diversamente la WestLB sarebbe andata incontro a un danno irreparabile in caso di annullamento dell'atto [6]. In effetti, quella evidenziata dal governo tedesco è un'esigenza più che comprensibile; essa è coerente, del resto, con il principio secondo cui gli Stati membri hanno un margine di discrezionalità nel dare attuazione ad una decisione della Commissione e possono quindi scegliere, se vi sono diverse modalità di recupero di aiuti illegali, quelle che si prestano ad essere più agevolmente revocate in caso di annullamento di tale decisione. Ricordo d'altra parte che, secondo una giurisprudenza costante, «in assenza di

5 — Anche in quel caso la Corte si è dovuta pronunciare sul mancato recupero di aiuti (sentenza 27 giugno 2000, Racc. pag. I-4897) in pendenza di paralleli giudizi (dinanzi alla Corte stessa, che aveva sospeso la procedura, ed al Tribunale) sulla legittimità della decisione che imponeva tale recupero, della quale non era stata chiesta la sospensione cautelare.

6 — Tale rilievo è stato formulato in particolare con riferimento a quanto affermato dalla Commissione nella ricordata lettera del 29 marzo 2000 in merito alla necessità di procedere in due fasi distinte al recupero dell'aiuto ed al successivo reinvestimento del relativo ammontare.

disposizioni comunitarie sulla procedura di recupero delle somme indebitamente erogate, la ripetizione degli aiuti irregolarmente concessi va effettuata secondo le modalità previste dal diritto nazionale» [7]; e che tale indirizzo giurisprudenziale è stato confermato dal regolamento (CE) n. 659/99 del Consiglio, del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del Trattato CE [8], il cui art. 14, n. 3, prevede per l'appunto che «il recupero va effettuato senza indugio secondo le procedure previste dalla legge dello Stato membro interessato».

29. La libertà così riconosciuta agli Stati membri trova tuttavia un limite evidente nell'esigenza di dare corretta ed immediata esecuzione alla decisione della Commissione. Proprio per questo motivo, del resto, la giurisprudenza dianzi richiamata ha altresì precisato che «l'applicazione del diritto nazionale non deve ledere la portata e l'efficacia del diritto comunitario. In altri termini, l'applicazione delle disposizioni nazionali non deve rendere praticamente impossibile la ripetizione delle somme irregolarmente concesse (...)» [9]. Lo stesso art. 14, n. 3, del regolamento n. 659/99, poc'anzi citato, dispone che le procedure nazionali si applicano solo «a condizione che esse consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione».

30. In casi come quello in esame, quindi, il ricorso a misure d'esecuzione «reversibili» da parte delle autorità tedesche è, in principio, del tutto legittimo. È però evidente che ove ciò non fosse possibile, e ove d'altra parte gli interessati non volessero o non potessero ottenere un provvedimento di sospensione cautelare *ex* art. 242 CE, il pericolo di subire un pregiudizio grave ed irreparabile non potrebbe autorizzare le autorità tedesche a non dare piena e tempestiva esecuzione alla Decisione.

31. Ciò detto, passo ora a valutare se le misure messe a punto dalle autorità tedesche fossero idonee a dare corretta esecuzione alla Decisione. Devo peraltro avvertire che, considerata la complessità di tali misure, l'indagine cui ora mi accingo si sarebbe svolta su basi più solide e più certe se nella fase precontenziosa le parti avessero svolto, specie sulle implicazioni dirette e indirette di dette misure, un'analisi più articolata ed approfondita di quella che emerge dagli atti di causa.

Le misure comunicate il 4 ottobre 1999

32. Come si è detto, il 4 ottobre 1999, a due mesi dalla notifica della Decisione, il governo tedesco ha comunicato alla Commissione le misure di esecuzione che il Land

7 — Sentenza del Tribunale 8 giugno 1995, causa T-459/93, Siemens/Commissione (Racc. pag. II-1675, punto 82). Nello stesso senso v., tra molte, sentenze della Corte 2 febbraio 1989, causa 94/87, Commissione/Germania (Racc. pag. 175, punto 12); 21 marzo 1990, causa C-142/87, Belgio/Commissione (Racc. pag. I-959, punto 61); e 20 marzo 1997, causa C-24/95, Alcan Deutschland (Racc. pag. I-1591, punto 24).

8 — GU L 83, pag. 1.

9 — Sentenza Siemens/Commissione, citata, punto 82.

NRW contava di adottare. Esse consistevano sostanzialmente:

i) nel riconoscere al Land il diritto ad ottenere, al momento della liquidazione della WestLB od in caso di modifica della sua compagine sociale, una quota supplementare delle plusvalenze registrate dalla banca tra il 1992 ed il 1998;

ii) per il periodo successivo al 1998, nella trasformazione delle riserve speciali della Wfa in una partecipazione passiva del Land NRW, le cui caratteristiche non erano tuttavia specificate.

33. Prima di esaminare queste misure, occorre segnalare che nel corso dell'udienza le parti hanno a lungo dibattuto sulla natura dell'accordo dei garanti della WestLB allegato alla comunicazione del governo federale del 4 ottobre 1999, per stabilire se si trattasse di misure effettivamente adottate per dare esecuzione alla Decisione, come sostiene il governo tedesco, ovvero di una semplice proposta di esecuzione, come ritiene la Commissione. Tale discussione si è incentrata essenzialmente, da un lato, sul fatto che le misure sub i) erano state approvate dai garanti della WestLB «con riserva dell'accordo del collegio» (la cui sussistenza non risulta chiaramente); dall'altro, sul fatto che le misure sub ii) costituivano solo i «punti principali» di un accordo che i garanti avrebbero ancora dovuto concludere. Di tali elementi le parti hanno dato valutazioni divergenti, anche alla luce della pertinente normativa nazionale, giungendo ad opposte conclusioni sulla natura dell'accordo.

34. La soluzione di tale questione non mi pare tuttavia determinante ai fini della presente causa. Come ho detto, infatti, la Commissione ha bocciato le misure comunicate dal governo tedesco, ritenendo che non fossero idonee a dare corretta esecuzione alla Decisione; col suo ricorso, di conseguenza, essa mira a far accertare che lo Stato membro convenuto non ha adottato le misure *necessarie* per dare esecuzione alla Decisione. Anche ad ammettere, dunque, che le misure controverse dovessero considerarsi come effettivamente adottate, esse andrebbero comunque valutate nel merito, al fine di stabilire se consentissero o meno il recupero degli aiuti illegalmente concessi alla WestLB.

35. Venendo quindi all'esame di quelle misure, ricordo che secondo la Commissione la maggiore partecipazione del Land alle plusvalenze della banca non avrebbe comportato una corretta esecuzione alla Decisione perché si sarebbe risolta nella rinuncia da parte degli altri soci pubblici della WestLB ad una parte del patrimonio della banca in favore del Land NRW, senza incidere sui costi della società; ma in questo modo, a giudizio della Commissione, non sarebbe stato compensato il vantaggio

concorrenziale ottenuto dalla WestLB grazie all'aiuto. Sul fronte opposto, il governo tedesco obietta che, alla luce del criterio dell'investitore privato in un'economia di mercato, l'apporto della Wfa a suo tempo realizzato non avrebbe dato luogo ad un aiuto se fosse stata adeguatamente aumentata la partecipazione del Land NRW alla valorizzazione degli attivi della WestLB; il che comportava che se si fosse proceduto a tale aumento a posteriori, ma con effetto retroattivo, si sarebbe raggiunto il risultato di sopprimere l'aiuto.

36. Credo anch'io, come la Commissione, che in realtà una siffatta operazione sarebbe sostanzialmente consistita in una rinuncia degli altri soci pubblici ad una parte delle plusvalenze della WestLB in favore del Land NRW, con il risultato, aggiungo, di ricompensare quest'ultimo per la rinuncia al credito relativo alla restituzione degli aiuti. Non sono però del tutto convinto che una siffatta operazione dovesse essere considerata *di per sé* impraticabile. Credo invece che, se realizzata secondo normali condizioni di mercato, essa avrebbe potuto rappresentare un investimento dei soci pubblici della WestLB volto a finanziare il ripianamento del debito relativo al recupero degli aiuti. A tal fine si sarebbe dovuto dunque valutare, come proponeva il governo convenuto, se il comportamento del Land NRW e degli altri soci pubblici della WestLB fosse conforme al criterio dell'investitore privato in un'economia di mercato. Si sarebbe dovuto cioè valutare:

— da un lato, se un socio privato della banca avrebbe accettato di rinunciare ad un credito pari all'ammontare degli aiuti concessi col trasferimento della Wfa in cambio della maggiore partecipazione alle plusvalenze registrate dalla banca nel periodo 1992/1998, tenendo presente in particolare che tale partecipazione si sarebbe concretizzata solo al momento della liquidazione della banca o in caso di modifica della sua compagine sociale;

— dall'altro, se dei soci privati della banca avrebbero accettato di rinunciare ad una parte della propria quota di partecipazione alle plusvalenze in favore di un altro socio in cambio della rinuncia ad un credito pari all'ammontare degli aiuti da recuperare;

— e ciò tenendo presente, in entrambi i casi, lo specifico interesse dei soci alla valorizzazione della banca, cui consegue, ovviamente, un incremento di valore delle loro partecipazioni.

37. In caso di esito negativo del prospettato *test* dell'investitore privato, l'operazione sarebbe stata ovviamente inaccettabile,

salvo apposita autorizzazione della Commissione, perché avrebbe in pratica realizzato il recupero dell'aiuto tramite un nuovo aiuto; nell'ipotesi opposta, però, il compenso ottenuto dal Land avrebbe ben potuto consentire il recupero degli aiuti concessi alla WestLB. In questo caso, invero, non si potrebbe sostenere, come ha fatto la Commissione, che l'operazione non avrebbe avuto un'incidenza per la banca sul piano dei costi, dato che l'investimento realizzato dai soci pubblici della banca, invece di finanziare l'attività della stessa (come sarebbe potuto avvenire se non fosse intervenuta la Decisione della Commissione), sarebbe stato destinato al ripianamento del debito relativo al recupero degli aiuti. Tale destinazione dell'investimento avrebbe dunque sottratto importanti risorse alla banca, con evidenti ripercussioni sui costi di gestione della stessa.

38. Ciò detto in linea generale, occorre tuttavia sottolineare che la Decisione ha imposto alla Germania di adottare le misure *necessarie* per recuperare gli aiuti concessi alla WestLB e di darne comunicazione alla Commissione. Spettava quindi allo Stato membro comunicare alla Commissione le misure adottate (o che intendeva adottare) per il recupero degli aiuti e dimostrare che esse erano idonee a raggiungere il risultato prescritto dalla Decisione. Ritengo in effetti che se è vero in principio che incombe alla Commissione provare che uno Stato membro ha concesso un aiuto illegale, è anche vero che incombe invece a tale Stato dimostrare di aver pienamente e tempestivamente dato esecuzione all'eventuale decisione che imponga il recupero dell'aiuto, fermo restando beninteso, in entrambi i casi, il dovere di cooperazione reciproca di cui all'art. 10 CE.

39. Se dunque lo Stato membro decide di non recuperare l'aiuto attraverso un semplice pagamento in denaro ma sceglie di far ricorso a misure alternative, esso è tenuto a dimostrare che tali misure consentono di raggiungere il risultato imposto dalla Decisione. Così, nel caso in cui lo Stato decidesse di finanziare il pagamento del debito relativo al recupero dell'aiuto con un nuovo investimento (per fare un esempio di immediata comprensione, si può ipotizzare un'operazione di *debt/equity swap* volta a convertire il credito dello Stato in una partecipazione nel capitale dell'impresa beneficiaria), esso dovrebbe dimostrare che tale operazione consente di realizzare il recupero imposto dalla Decisione senza comportare la concessione di nuovi aiuti.

40. Ne discende che nel caso in esame il governo tedesco avrebbe dovuto fornire elementi atti a dimostrare che la concessione al Land NRW di una quota supplementare delle plusvalenze della WestLB consentiva di realizzare il recupero imposto dalla Decisione e non comportava la concessione di ulteriori aiuti. Non mi sembra però, almeno alla luce degli elementi che sono stati portati all'attenzione della Corte, che tale dimostrazione sia stata data.

41. Anzitutto, infatti, il governo convenuto non ha dimostrato che un socio privato

avrebbe rinunciato ad un credito certo ed esigibile pari all'importo degli aiuti da recuperare in cambio del diritto ad ottenere, al momento della liquidazione della WestLB o in caso di modifica della sua compagine sociale (in un momento, quindi, futuro ed incerto), la quota supplementare delle plusvalenze della banca. D'altro lato, il governo convenuto non ha neppure dimostrato la conformità con il criterio dell'investitore privato della rinuncia da parte degli altri soci pubblici ad una parte delle plusvalenze al fine di ricompensare il Land NRW per la rinuncia al credito relativo alla restituzione degli aiuti.

42. Poiché il governo convenuto non ha dimostrato che l'operazione da esso elaborata era conforme al criterio dell'investitore privato e che quindi questa consentiva di realizzare correttamente il recupero degli aiuti, non si può ritenere che esso abbia tempestivamente adottato e comunicato alla Commissione misure idonee a dare esecuzione alla Decisione.

43. Analogamente, ritengo che il governo tedesco non abbia dimostrato che la trasformazione, a partire dal 1998, delle riserve speciali della Wfa in una partecipazione passiva del Land NRW sarebbe valsa a corrispondere a quest'ultimo un'adeguata remunerazione (*pro futuro*) per il trasferimento di detto organismo alla WestLB. Va anzi sottolineato il carattere estremamente vago di detta operazione, non essendo stata fornita alcuna indicazione sulle caratteristiche della partecipazione passiva da riconoscere al Land.

44. Ma indipendentemente da queste considerazioni, devo rilevare che le misure in esame non mi sembrano idonee a dare esecuzione alla Decisione anche in ragione della loro assoluta precarietà. Come osservato dalla Commissione, infatti, i garanti della WestLB avevano stabilito che l'accordo da essi raggiunto sarebbe stato annullato con effetto retroattivo, non solo qualora i giudici comunitari avessero dichiarato nulla la Decisione o avessero accertato l'inadeguatezza di detto accordo per darle esecuzione, ma anche nel caso in cui la Decisione fosse stata definitivamente confermata in sede giurisdizionale. In ogni caso, dunque, ed a prescindere dall'esito delle cause pendenti, le misure in questione non sarebbero state realizzate: non vedo quindi come si possa ritenere che esse consentissero il recupero degli aiuti concessi alla WestLB.

45. Né mi sembra rilevante al riguardo l'argomento del governo tedesco secondo cui le misure in esame sarebbero state scelte solo per il loro carattere «reversibile», con l'intento, in caso di conferma definitiva della Decisione, di sostituirle con misure «irreversibili» ma meno onerose per i soci della WestLB. Tale argomento non consente infatti di superare l'obiezione fondata sull'assoluta precarietà delle misure in questione, destinate in ogni caso ad essere annullate con effetto retroattivo e dunque inidonee a dare esecuzione della Decisione.

46. Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, ritengo pertanto che le

misure comunicate alla Commissione il 4 ottobre 1999 non fossero idonee a dare esecuzione alla Decisione.

Le misure proposte il 15 marzo 2000

47. Le misure proposte il 15 marzo 2000 consistevano sostanzialmente, come ho prima ricordato, nell'attribuire al Land NRW una partecipazione passiva nella WestLB, liberamente cedibile a soggetti terzi, del valore di DM 2,2 miliardi. Era previsto che detta partecipazione sopportasse integralmente le perdite della banca (anche se non erano fornite precisazioni al riguardo) e maturasse interessi annui sul suo valore contabile, al tasso di mercato vigente al momento della sua costituzione (successivamente indicato nel 5,804%), salvo eventuali perdite; tali interessi tuttavia non sarebbero stati immediatamente versati al Land, ma custoditi dalla banca e capitalizzati fino alla pronuncia definitiva dei giudici comunitari sui ricorsi in annullamento contro la Decisione. In caso di accoglimento di tali ricorsi, il Land avrebbe restituito alla banca la partecipazione passiva con gli interessi fino a quel momento maturati, senza ottenere alcun risarcimento.

48. Secondo la Commissione, tali misure non sarebbero state idonee ad assicurare un'effettiva esecuzione della Decisione, perché l'immediato reinvestimento dell'importo da recuperare, sotto forma di presa di partecipazione passiva, avrebbe potuto nascondere un nuovo aiuto di Stato. Tale operazione avrebbe dovuto dunque essere notificata ex art. 88, n. 3, CE per consentire alla stessa Commissione di verificarne la conformità con il criterio dell'investitore privato in un'economia di mercato ed eventualemente la compatibilità dei relativi aiuti con il mercato comune; il che avrebbe richiesto con ogni probabilità l'avvio di un non rapido procedimento *ex* art. 88, n. 2, CE. Per non ritardare l'esecuzione della Decisione, sarebbe stato quindi necessario distinguere in due fasi successive il recupero dell'aiuto ed il suo reinvestimento. La Commissione ha inoltre osservato di nutrire seri dubbi, sulla base delle informazioni trasmesse dalle autorità tedesche, in merito alla conformità dell'operazione in questione con il criterio dell'investitore privato e, di conseguenza, sulla mancata corresponsione di nuovi aiuti alla WestLB. Essa ha infine contestato alle autorità tedesche di non aver indicato chiaramente che in futuro sarebbe stato eliminato ogni elemento di aiuto relativo alla remunerazione degli attivi della Wfa trasferiti alla WestLB.

49. Il governo tedesco, dal canto suo, ha sostenuto che l'operazione in esame non avrebbe comportato la concessione di nuovi aiuti, essendo pienamente conforme al criterio dell'investitore privato, e non avrebbe dovuto dunque essere notificata *ex* art. 88, n. 3, CE; la richiesta della Commissione di realizzare tale operazione in due momenti distinti (il recupero dell'aiuto ed il successivo reinvestimento) non era quindi giustificata. Quanto all'eliminazione dell'aiuto *pro futuro*, nel controricorso è precisato che anche se la proposta in esame non prevedeva nulla al riguardo, tale pro-

blema sarebbe stato comunque risolto grazie all'applicazione delle misure comunicate il 4 ottobre 1999, ancora valide, in base alle quali le riserve speciali della Wfa avrebbero dovuto essere trasformate in una partecipazione passiva del Land.

50. Per parte mia, osservo che le preoccupazioni della Commissione di evitare che gli aiuti illegalmente concessi fossero recuperati mediante l'attribuzione di nuovi aiuti mi paiono nella specie fondate. In effetti, come ho più sopra rilevato, per poter finanziare il recupero degli aiuti con nuovi investimenti, gli Stati membri dovrebbero dimostrare l'idoneità delle prospettate operazioni a dare esecuzione alle decisioni della Commissione e la mancata corresponsione di nuovi aiuti. Nel caso in cui tale dimostrazione venga effettivamente fornita, e la Commissione sia messa quindi in grado di verificare la praticabilità delle soluzioni prescelte, l'esigenza di procedere in due fasi distinte al recupero degli aiuti ed al loro successivo reinvestimento non mi pare sussistere. Ma se le informazioni fornite dagli Stati membri non consentono di escludere la corresponsione di nuovi aiuti, mi sembra allora fondata la richiesta della Commissione di provvedere all'immediato recupero degli aiuti illegalmente concessi, al fine di non ritardare l'esecuzione delle sue decisioni.

51. Nel caso in esame le autorità tedesche avrebbero dovuto dunque dimostrare alla Commissione che le misure comunicate il 15 marzo 2000 avrebbero permesso di dare esecuzione alla Decisione senza corrispondere nuovi aiuti alla WestLB. Per far ciò esse avrebbero dovuto in pratica dimostrare che, al posto del Land NRW, un socio privato della banca sarebbe stato disposto a rinunciare ad un credito certo ed esigibile di un ammontare pari alla somma dell'aiuto da recuperare in cambio del conferimento della partecipazione passiva, tenuto conto in particolare:

— degli interessi da questa maturati;

— dell'incidenza delle eventuali perdite della banca sul valore della partecipazione e sulla sua remunerazione;

— della possibilità di ottenere il rimborso di detta partecipazione e delle eventuali condizioni a tal fine necessarie;

— della pratica possibilità di trasferire detta partecipazione a soggetti terzi.

52. Non mi sembra tuttavia che tale dimostrazione sia stata fornita dalle autorità tedesche, che si sono in pratica limitate ad osservare che la partecipazione passiva non avrebbe rappresentato un nuovo aiuto alla WestLB perché sarebbe stata accordata a condizioni di mercato. Il fatto che la partecipazione passiva avrebbe fruttato al Land un interesse conforme a quello di mercato non vale infatti a dimostrare che un socio privato della banca avrebbe accet-

tato di rinunciare ad un credito pari all'ammontare degli aiuti da recuperare in cambio del conferimento di detta partecipazione.

53. Osservo inoltre che, come sottolineato dalla Commissione ed implicitamente riconosciuto dallo stesso governo convenuto, le informazioni fornite dalle autorità tedesche non permettevano di stabilire se le misure in esame consentissero l'eliminazione *pro futuro* dell'aiuto concesso alla WestLB. Né rilevano al riguardo le osservazioni, formulate nel controricorso, sulla possibile applicazione delle misure comunicate il 4 ottobre 1999 e, in particolare, sulla possibilità di procedere alla prevista trasformazione, a partire dal 1998, delle riserve speciali della Wfa in una partecipazione passiva del Land: al riguardo è sufficiente infatti rinviare a quanto detto in precedenza sul carattere estremamente vago dell'operazione in questione (paragrafo 43) e, più in generale, sull'assoluta precarietà delle misure comunicate il 4 ottobre 1999, destinate in ogni caso ad essere annullate con effetto retroattivo (paragrafi 44 e 45).

54. Non essendo stato allora dimostrato che le misure proposte il 15 marzo 2000 fossero conformi al criterio dell'investitore privato e che quindi consentissero di realizzare correttamente il recupero degli aiuti, non si può ritenere neppure in questo caso che il governo convenuto abbia tempestivamente adottato e comunicato alla Commissione misure idonee a dare esecuzione alla Decisione.

Considerazioni conclusive

55. In definitiva, pur non escludendo in principio che il recupero degli aiuti concessi alla WestLB potesse avvenire attraverso complesse operazioni che implicavano nuovi investimenti da parte dei soci pubblici della banca, ritengo tuttavia che, nella specie, le varie misure a tal fine elaborate dalle autorità tedesche non potessero essere qualificate quali valide misure di esecuzione della Decisione. Sebbene quindi le obiezioni formulate dalla Commissione nei confronti di tali misure non mi paiano in tutto condivisibili, resta il fatto che la Repubblica federale di Germania non ha dato correttamente esecuzione alla Decisione, con il risultato che il presente ricorso deve essere accolto.

Sulle spese

56. In base al disposto dell'art. 69 del regolamento di procedura, la parte soccombente va condannata alle spese se ne è stata fatta richiesta. Poiché la Commissione ha concluso in questo senso e considerato quanto ho appena detto sull'accoglimento del ricorso, ritengo che la richiesta vada accolta.

Conclusioni

Per le ragioni sopra esposte, propongo pertanto alla Corte di dichiarare che:

«1) non essendosi conformata alla decisione della Commissione 8 luglio 1999, 2000/392/CE, relativa agli aiuti concessi alla banca pubblica Westdeutsche Landesbank Girozentrale, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 249, quarto comma, CE e dell'art. 3 di detta decisione;

2) la Repubblica federale di Germania è condannata alle spese».