DÉCISION DE LA COMMISSION

du 20 octobre 2004

concernant une aide de l'Allemagne en faveur de l'entreprise Landesbank Hessen-Thüringen — Girozentrale

[notifiée sous le numéro C(2004) 3931]

(Le texte en langue allemande est le seul faisant foi)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

(2006/742/CE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 88, paragraphe 2, premier alinéa,

vu l'accord sur l'Espace économique européen, et notamment son article 62, paragraphe 1, point a),

après avoir invité les intéressés à présenter leurs observations conformément auxdits articles [1] et compte tenu de ces observations,

considérant ce qui suit:

I. LA PROCÉDURE

(1) Par lettres du 31 mai 1994 et du 21 décembre 1994, le Bundesverband deutscher Banken e.V. (Bundesverband deutscher Banken), qui représente les banques privées ayant leur siège en Allemagne, a informé la Commission, notamment, de ce que des prêts au titre de l'aide à la construction de logements avaient été ou seraient transférés dans les capitaux propres des banques régionales de Rhénanie-du-Nord-Westphalie, de Basse-Saxe, du Schleswig-Holstein, de Bavière, de Hambourg et de Berlin, c'est-à-dire en faveur de la Westdeutsche Landesbank, de la Norddeutsche Landesbank, de la Landesbank Schleswig-Holstein, de la Hamburger Landesbank et de la Landesbank Berlin. Selon le Bundesverband deutscher Banken, l'augmentation consécutive des fonds propres des banques régionales concernées constitue une distorsion de concurrence en faveur de ces banques, étant donné qu'aucune rémunération conforme au principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché n'a été convenue. Dans la deuxième lettre susmentionnée, le Bundesverband deutscher Banken a donc officiellement introduit une plainte auprès de la Commission, dans laquelle il lui demandait d'engager la procédure prévue à l'article 93, paragraphe 2, du traité CE (devenu l'article 88, paragraphe 2) à l'encontre de la République fédérale d'Allemagne. En février et mars 1995, puis en décembre 1996, plusieurs banques se sont associées à la plainte de leur fédération.

(2) Le Bundesverband deutscher Banken a en outre informé la Commission de deux autres cessions d'actifs, l'une dans le Schleswig-Holstein en faveur de la Landesbank Schleswig-Holstein par lettre du 6 août 1997 et l'autre en Hesse en faveur de la Landesbank Hessen-Thüringen par lettre du 30 juillet 1998. S'agissant de cette deuxième opération, la Commission a demandé à la République fédérale d'Allemagne de lui fournir des informations complémentaires par lettre du 31 juillet 1998. La République fédérale d'Allemagne a répondu par lettre du 2 octobre 1998 qu'à cette époque, il n'existait à ce propos qu'un projet de loi et que les craintes de la Commission ne se justifiaient pas, ni actuellement ni pour l'avenir.

(3) La Commission a tout d'abord examiné la cession d'actifs à la Westdeutsche Landesbank (ci-après dénommée «WestLB»), en précisant qu'elle s'appuierait sur la décision WestLB pour étudier les affaires de cession aux autres banques [2]. Cette décision, arrêtée en 1999 (décision 2000/392 du 8 juillet 1999), qui concernait une mesure d'aide prise par l'Allemagne en faveur de la Westdeutsche Landesbank Girozentrale [3], déclarait la mesure d'aide (à savoir la différence entre la rémunération versée et la rémunération conforme au marché) incompatible avec le marché commun et ordonnait son remboursement. Cette décision a été annulée par le Tribunal de première instance le 6 mars 2003 pour défaut de motivation concernant deux éléments utilisés pour le calcul de la rémunération [4]. Le 20 octobre 2004, la Commission a rendu une nouvelle décision prenant en compte les critiques formulées par le Tribunal.

(4) Le 1er septembre 1999, la Commission a demandé à l'Allemagne de lui fournir des renseignements concernant les cessions en faveur des autres banques régionales, parmi lesquelles figure également la Helaba. Par lettre du 8 décembre 1999, l'Allemagne a alors fourni des

[1] JO C 72 du 26.3.2003, p. 3.

[2] JO C 140 du 5.5.1998, p. 9 (décision d'ouvrir la procédure).

[3] JO L 150 du 23.6.2000, p. 1. Des recours ont été introduits contre cette décision par l'Allemagne (arrêt de la Cour de justice dans l'affaire C-376/99), le Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie (arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-233/99) et par WestLB (arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-228/99); la Commission a formé un recours en manquement (arrêt de la Cour de justice dans l'affaire C-209/00).

[4] Arrêt du Tribunal de première instance du 6.3.2003, dans les affaires jointes T-228/99 et T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen contre Commission, Rec. 2003, p. II-435.

informations concernant la cession du fonds spécial du Land à la Helaba, complétées par une lettre du 21 janvier 2001 du gouvernement fédéral en réponse à la demande de renseignements complémentaires de la Commission du 31 octobre 2000.

(5) Par lettre du 13 novembre 2002, la Commission a informé l'Allemagne de sa décision, concernant l'injection de fonds spéciaux du Land de Hesse effectuée sous la forme d'un apport tacite en faveur de la Helaba, d'engager la procédure prévue à l'article 88, paragraphe 2, du traité CE. Parallèlement, la Commission a également ouvert des procédures concernant des cessions d'actifs similaires en faveur des banques régionales allemandes Norddeutsche Landesbank — Girozentrale («NordLB»), Landesbank Schleswig-Holstein — Girozentrale («LSH»), Hamburgische Landesbank — Girozentrale («HLB») et Bayerische Landesbank — Girozentrale («BayernLB»). La Commission avait déjà engagé une procédure en juillet 2002 à l'égard d'un autre transfert similaire de fonds d'aide effectué par le Land de Berlin en faveur de la Landesbank Berlin.

(6) Les décisions d'ouvrir les procédures ont été publiées au Journal officiel de l'Union européenne ([5]). La Commission a invité les autres intéressés à présenter leurs observations.

(7) Par lettre du 9 avril 2003, l'Allemagne a présenté ses observations concernant l'ouverture de la procédure à l'encontre de la Helaba.

(8) Par lettre du 29 juillet 2003, le Bundesverband deutscher Banken a présenté ses observations sur toutes les décisions d'ouverture des procédures du 13 novembre 2002 la Commission a transmis ces observations à l'Allemagne par lettre du 28 juillet 2003 en l'invitant à prendre position à leur sujet.

(9) Par lettres du 10 octobre et du 4 décembre 2003, l'Allemagne a pris position sur les observations du Bundesverband deutscher Banken concernant l'affaire Helaba. Par lettre du 30 octobre 2003, l'Allemagne a en outre communiqué les prises de position du gouvernement du Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie et de la WestLB en réponse aux observations du Bundesverband deutscher Banken.

(10) La Commission a sollicité de l'Allemagne des informations complémentaires concernant toutes les procédures ouvertes à l'encontre des banques régionales par lettre du 7 avril 2004 et spécifiquement à propos de la Helaba par lettres du 19 mai et du 3 août 2004. L'Allemagne y a répondu par lettres des 1er juin, 23 juin et 23 août 2004.

([5]) NordLB: JO C 81 du 4.4.2003, p. 2; BayernLB: JO C 81 du 4.4.2003, p. 13; HLB: JO C 81 du 4.4.2003, p. 24; Helaba: JO C 73 du 26.3.2003, p. 3; et LBKiel: JO C 76 du 28.3.2003, p. 2.

(11) En septembre et octobre 2004, des entretiens entre le Bundesverband deutscher Banken, le Land de Hesse et la Helaba ont eu lieu à propos de la rémunération appropriée du capital mis à disposition; ils n'ont toutefois débouché sur aucun accord. Par lettre du 28 septembre 2004, le Bundesverband deutscher Banken a de nouveau présenté des observations concernant la procédure. La Commission a ensuite invité l'Allemagne à formuler ses observations, qui lui ont été communiquées par lettre du 1er et du 6 octobre 2004.

II. DESCRIPTION DÉTAILLÉE DES MESURES

1. *LA HELABA*

(12) La Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (Helaba), dont le siège se trouve à Francfort/Main et Erfurt et qui appartient à un groupe dont le total de bilan est d'environ 140 milliards d'euros (au 31 décembre 2003), est l'une des plus grandes banques d'Allemagne. Le total de bilan de cette banque s'élève à environ 130 milliards d'euros et représente donc plus de 90 % de celui du groupe. Il s'agit d'un établissement de crédit de droit public dont le statut juridique est celui d'un organisme de droit public. Les actionnaires et garants de la banque sont, depuis le 1er janvier 2001, le Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen (85 %), qui était d'ailleurs, au moment de l'injection de capital fin 1998, l'actionnaire et le garant unique de l'établissement, ainsi que le Land de Hesse (10 %) et le Land de Thuringe (5 %). Le rapport d'activité du groupe faisait état de quelque 4,1 milliards d'euros de fonds propres inscrits au bilan. Au 31 décembre 2003, les ratios de fonds propres de base et de fonds propres du groupe s'élevaient respectivement à 7,8 % et 11,3 %.

(13) Du fait de sa structure de participation, la Helaba fait office de banque habituelle du Land de Hesse et du Land de Thuringe ainsi que de banque centrale des caisses d'épargne du Land de Hesse et du Land de Thuringe. Elle opère également en tant que banque commerciale, dont l'activité porte notamment sur les grands comptes, tout comme sur le partenariat avec des clients publics, les Länder et les communes, dans le cadre du financement et de la réalisation d'opérations d'investissement. Grâce à sa participation dans les organes de promotion du Land, la Helaba soutient des objectifs de politique économique et structurelle du Land de Hesse et du Land de Thuringe.

(14) Au 31 décembre 2003, le groupe Helaba employait quelque 3 500 personnes. Helaba est présente sur les principales places financières du monde. Outre ses deux sièges, Francfort/Main et Erfurt, elle est entre autres représentée au niveau international à Londres, New York, Zurich, Dublin, Madrid, Paris et Luxembourg.

2. *INTÉGRATION DU FONDS SPÉCIAL «LOGEMENT ET INVESTISSEMENTS POUR L'AVENIR» SOUS FORME D'APPORT TACITE DANS LA HELABA*

(15) Le 17 décembre 1998, le Land de Hesse a créé, par voie législative, un fonds spécial appelé «Logement et

investissements pour l'avenir» (Wohnungswesen und Zukunftsinvestition). Cette loi confère au ministère des finances du Land de Hesse le droit d'intégrer ce fonds dans un établissement de crédit en tant que participation au capital, effectuée en totalité ou en partie sous la forme d'un apport tacite ou de toute autre forme reconnue en vertu des règles prudentielles, moyennant une rémunération conforme au marché, qui restera affecté à ce fonds spécial.

(16) Ce fonds spécial comprend les créances du Land issues des crédits accordés entre 1948 et 1998 pour la promotion de la construction de logements sociaux. Au 31 décembre 1998, le portefeuille de prêts s'élevait à 7,829 milliards de DEM (participation du Land: 6,026 milliards de DEM). Deux experts indépendants ont évalué sa valeur actualisée à 2,473 milliards de DEM (1,264 milliard d'euros). Ce fonds spécial, en vertu d'un contrat conclu entre le Land de Hesse et la Helaba, a été intégré à la Helaba sous forme d'un apport tacite avec effet au 31 décembre 1998.

(17) À la suite d'une nouvelle expertise effectuée, sur base d'un contrat, le 31 décembre 2003, la valeur du fonds a été établie à […] (*) millions d'euros. Cette augmentation de la valeur s'explique par un excédent des entrées par rapport aux sorties de ce fonds depuis 1999. Jusqu'à l'accord final avec la Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (Office fédéral de surveillance des services financiers, ci-après dénommé «BaFin»), anciennement le Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (Office fédéral de surveillance bancaire, ci-après dénommé «BAKred»), sur le résultat de l'expertise du 31 décembre 2003, la Helaba n'a toutefois jamais disposé que de l'ancien montant de référence.

(18) L'intégration du fonds spécial sous forme d'apport tacite n'implique ni injection de liquidités ni augmentation des profits pour la banque. Les versements (intérêts et remboursements) relatifs aux prêts à la construction de logements ne profitent pas à la banque, mais reviennent au fonds spécial et doivent à nouveau servir à la promotion du logement.

(19) L'intégration du fonds spécial à la Helaba doit être considérée dans le contexte des efforts déployés par le Land pour consolider et améliorer l'efficacité des instruments dont il dispose pour mettre en œuvre ses politiques économique et structurelle.

(20) Selon les renseignements fournis par l'Allemagne, l'intention du Land avait été au départ de proposer le portefeuille des créances relatives à la construction de logements par adjudication et de le céder aux meilleures conditions à des particuliers, à sa valeur actualisée et scindé en plusieurs tranches. La scission du fonds spécial en tranches aurait certes présenté l'avantage d'élargir le cercle des partenaires bancaires potentiels pour le Land, le nombre des banques susceptibles de dégager un capital de quelque 2,5 milliards de DEM étant a priori restreint. En revanche, le fait que ce fonds spécial, parce qu'il était renouvelable et refinancé grâce aux recouvrements liés aux prêts octroyés, fonctionnait comme une entité, ne plaidait pas en faveur de cette solution. L'évaluation périodique de la valeur des tranches cédées à différents instituts aurait entraîné des complications considérables pour l'Allemagne. Le Land aurait en outre perdu en flexibilité en cas de modifications importantes de ses objectifs politiques.

(21) Le Land a donc décidé de ne pas scinder le fonds pour la construction de logements, de continuer à utiliser les montants remboursés pour promouvoir la construction de logements et le développement économique, de gérer ce fonds de la manière la plus rentable possible et de générer des recettes supplémentaires grâce à d'autres formes de mise à profit du portefeuille de créances.

(22) Dans le cadre de ce projet, la Helaba s'est déclarée disposée à reprendre, sous forme d'apport, l'ensemble du portefeuille de créances pour une valeur totale de 2,473 milliards de DEM (1,264 milliard d'euros) et à en assurer la gestion. Un autre argument qui plaidait en faveur d'un transfert à la Helaba est que cette dernière, depuis 1953 déjà, assure la gestion de bureaux fiduciaires appartenant au Land (Landestreuhandstellen — LTH) et a mené à bien des programmes de soutien à titre fiduciaire, en tant que division dépourvue de personnalité juridique. En vertu du traité d'État et de son statut, la Helaba est tenue de respecter des principes économiques généraux en matière de politique commerciale. À la lumière de ces trois facteurs, le Land a considéré que le choix de la Helaba comme partenaire bancaire du Land était la solution la plus judicieuse pour atteindre les objectifs fixés dans la loi sur le fonds spécial.

(23) Conformément à […], en vertu de l'article 10, paragraphe 4, de la loi sur le crédit (Kreditwesengestz — KWG) du 30 décembre 1998, le transfert du fonds spécial du Land à la banque s'est effectué sous forme de société interne, en tant qu'«apport tacite en capital». Cela signifie que le Land a établi avec la Helaba une société en participation au sens des articles 230 et suivants du code de commerce, c'est-à-dire une société de personnes, dans laquelle l'associé passif s'associe à l'activité commerciale d'un associé actif en apportant des fonds qui seront intégrés au capital de celui-ci.

(24) Conformément à […], l'apport devait «servir en permanence à la banque de fonds propres de garantie, en l'espèce sous forme de fonds propres de base au sens de l'article 10, paragraphes 2 et 2 bis, première phrase, et paragraphe 4, du KWG, et conformément aux exigences formulées le 27 octobre 1998 par le comité de Bâle sur le contrôle bancaire (Banque des règlements internationaux)».

(25) L'intégration d'un apport tacite au capital propre de garantie d'établissements de crédit au sens de l'article 10, paragraphe 4, du KWG, implique en particulier que cet apport soit mobilisé dans sa totalité pour la couverture des pertes et qu'en cas de faillite ou de liquidation de l'établissement, il ne soit remboursé qu'après désintéressement de l'ensemble des créanciers. Comme il a été convenu que l'apport ne

(*) Information confidentielle, également désignée ci-après par le signe […].

pouvait être résilié par le Land de Hesse, celui-ci ne rentre pas, selon l'Allemagne, dans le cadre du plafond de 15 % fixé par le comité de Bâle pour les instruments financiers innovants, mais il a été entièrement reconnu comme fonds propres de garantie de catégorie 1 (fonds propres de base) par le BAKred.

(26) L'autre solution visant à intégrer le fonds pour la construction de logements non pas comme apport tacite, mais comme capital social, n'a pas été retenue par le Land car à l'époque, d'après l'Allemagne, celui-ci ne voulait pas s'engager comme actionnaire ou garant direct, ce que n'avait d'ailleurs pas non plus souhaité le seul actionnaire de l'époque, la Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen.

(27) La cession d'actifs réalisée par le Land de Hesse en 1998 au profit de la Helaba ne s'est pas faite au même moment que les transferts de fonds de promotion effectués précédemment au profit de banques régionales en Allemagne, qui font également l'objet de la plainte introduite par le Bundesverband deutscher Banken ainsi que d'une procédure d'enquête par la Commission. Selon l'Allemagne, toutefois, le Land de Hesse s'en est inspiré dans une certaine mesure, même si dans le cas de la cession d'actifs à la Helaba, il a été tenu compte de l'évolution du marché des capitaux et de l'arsenal législatif en matière de surveillance bancaire, qui allait dans le sens d'une utilisation et d'une reconnaissance accrues d'instruments de capitaux propres hybrides et innovants qui, dans l'Allemagne de la première moitié des années 1990, n'existaient pas encore sous cette forme ou dans ces proportions, ou ne pouvaient pas être pris en considération du point de vue prudentiel.

3. *EXIGENCES EN MATIÈRE DE CAPITAUX IMPOSÉES PAR LA DIRECTIVE SUR LES FONDS PROPRES ET PAR LA DIRECTIVE SUR LA SOLVABILITÉ*

(28) Conformément à la directive 89/647/CEE du Conseil ([6]) (ci-après dénommée «directive sur la solvabilité») et à la directive 89/299/CEE du Conseil ([7]) (ci-après dénommée «directive sur les fonds propres»), sur la base desquelles la loi sur le crédit (Kreditwesengestz — KWG) a été modifiée, les banques sont tenues de disposer de fonds propres à hauteur d'au moins 8 % de leurs actifs à risques pondérés. Au moins 4 points de pourcentage doivent représenter des «fonds propres de base» (capital de «première catégorie») comprenant des éléments du capital dont l'établissement de crédit peut disposer directement et de façon illimitée, afin de couvrir les risques et les pertes éventuelles dès qu'ils surviennent. Les fonds propres de base sont d'une importance capitale pour la dotation globale d'une banque en fonds propres au sens prudentiel, dans la mesure où les «fonds propres complémentaires» (fonds propres de «deuxième catégorie») ne sont reconnus qu'à concurrence des fonds propres de base disponibles pour garantir des activités à risques d'une banque.

4. *RÉPERCUSSIONS DU TRANSFERT SUR LA DOTATION EN FONDS PROPRES DE LA HELABA*

(29) Le volume des opérations d'un établissement de crédit dépend fortement de sa base de fonds propres. Grâce au transfert du fonds spécial à la Helaba, cette base augmente de manière non négligeable.

(30) Sur les 2,473 milliards de DEM (1,264 milliard d'euros) de l'apport tacite identifiés au moyen d'une expertise, inscrits au bilan et reconnus selon les règles prudentielles comme fonds propres de base, la Helaba dispose d'un montant annuellement variable de quelque 2,3 milliards de DEM (environ 1,2 milliard d'euros) pour garantir des activités commerciales. Le reste de l'apport est, d'après l'Allemagne, lié par la fonction de couverture des créances du fonds spécial par les fonds propres. Toutefois, le Land de Hesse et la Helaba ont convenu, dans le contrat susvisé, d'un système progressif selon lequel la Helaba, au cours de la période 1999-2002, ne devait utiliser effectivement pour ses activités commerciales qu'une fraction annuellement croissante de ses fonds propres de base et ne devait donc rémunérer que cette fraction. Ce n'est qu'à partir de 2003 que le montant reconnu par le BaFin, dans la mesure où il n'y avait pas d'obligation de l'utiliser pour les activités de promotion, pouvait être entièrement consacré à la garantie des activités commerciales. Les montants exacts à la disposition de la Helaba comme fonds propres de base à utiliser ou effectivement utilisés dans le cadre des activités commerciales figurent dans le tableau suivant:

([6]) JO L 386 du 30.12.1989, abrogée et remplacée par la directive 2000/12/CE, JO L 126 du 26.5.2000.

([7]) JO L 124 du 5.5.1989, abrogée et remplacée par la directive 2000/12/CE.

Tableau

Importance, reconnaissance prudentielle et différentes utilisations ou utilisations potentielles de l'apport tacite (en millions d'euros; valeurs de fin d'année = valeurs moyennes annuelles) ([8])

	1999	2000	2001	2002	2003
Valeur nominale bilantaire	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
Fonds propres de base reconnus sous l'angle prudentiel pour garantir des actifs à risques	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
Fonds propres de base mobilisés pour des activités de promotion	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
Fonds propres de base mobilisables pour des activités commerciales, mais à ne pas utiliser conformément au système progressif contractuel	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
Fonds propres de base mobilisables ou effectivement mobilisés conformément au système progressif pour des activités commerciales	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]

(31) Jusqu'à la concertation finale avec le BAFin sur les résultats concernant de l'évaluation du fonds spécial au 31 décembre 2003, la Helaba disposait du même montant de référence (utilisable dans le cadre des activités commerciales) qu'auparavant, à savoir […] millions d'euros.

(32) Selon les indications du gouvernement allemand, le transfert de capital a entraîné une hausse du ratio de fonds propres de base, qui est passé de 5,4 % (31 décembre 1997) à 9,3 % (31 décembre 1998), et du ratio de fonds propres qui est passé de 9,6 % (31 décembre 1997) à 13,1 % (31 décembre 1998), notifiés en vertu de l'accord de Bâle sur les fonds propres au BAKred, devenu entre-temps le BAFin. Les taux de fonds propres de base et de fonds propres ont ainsi respectivement augmenté de près de 72 % et de 36 %.

(33) Cet apport de fonds a permis un développement des activités avec des actifs à risques pondérés à 100 %, le coefficient multiplicateur étant de 12,5, ce qui correspond à un ratio de fonds propres de 8 %, soit une augmentation de 28 milliards de DEM (14 milliard d'euros). En réalité, une augmentation des fonds propres de 2,3 milliards de DEM peut permettre d'augmenter le volume de crédit autorisé dans des proportions nettement plus élevées, dans la mesure où les actifs d'une banque ne sont normalement pas affectés d'une pondération de 100 %.

(34) L'augmentation des fonds propres de base de la Helaba lui ayant permis d'incorporer de nouveaux fonds propres complémentaires, elle a indirectement renforcé sa capacité effective d'octroi de crédits.

([8]) Observations de l'Allemagne du 23 janvier 2004, pp. 2 à 7.

(35) L'évolution absolue et relative des fonds propres de base de la Helaba, y compris l'apport tacite d'actifs du Land de Hesse ainsi que d'autres apports tacites d'actifs depuis 1997, est résumée ici sous forme de tableau, avec une double présentation de la situation, conformément à la reconnaissance prudentielle, d'une part, et conformément au système progressif contractuel, d'autre part.

Tableau: valeurs fin d'année		1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
		En millions d'euros	En millions d'euros	En millions d'euros	En millions d'euros	En millions d'euros	En millions d'euros	En millions d'euros
Selon les règles prudentielles	Apport tacite d'actifs du Land de Hesse	—	1 023	1 264	1 264	1 264	1 264	1 264
	Autres apports tacites d'actifs	153	153	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	Fonds propres de base	1 449	2 579	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	Part de l'apport tacite du Land de Hesse en %	—	40 %	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	Part des autres apports tacites en %	11 %	6 %	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
Selon le système progressif contractuel	Apport tacite d'actifs du Land de Hesse	—	—	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	Autres apports tacites d'actifs	153	153	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	Fonds propres de base	1 449	1 556	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	Part de l'apport tacite du Land de Hesse en %	—	—	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	Part des autres apports tacites en %	11 %	10 %	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]

5. *RÉMUNÉRATION DES FONDS PROPRES TRANSFÉRÉS*

(36) Selon les informations fournies par le gouvernement allemand, la Helaba paie au Land, pour l'apport tacite, une rémunération («commission de garantie») de 1,4 % par an qui comprend une rémunération de 1,2 % par an pour la fonction de garantie et une majoration de 0,2 % au titre de la permanence de l'apport et du droit de résiliation unilatéral dont dispose la banque, auxquelles s'ajoute la taxe professionnelle due au titre de la part du fonds spécial utilisable par la banque, ce qui porte la rémunération totale à 1,66 %. Il est à cet égard prévu, conformément au système progressif, qu'au cours des quatre premières années (1998 à 2002), la rémunération ne porte pas sur la valeur totale des actifs transférés, mais se limite aux tranches annuelles progressives (montants de référence) à utiliser conformément aux dispositions du contrat d'apport pour garantir des activités commerciales. D'après l'Allemagne, il y a obligation de paiement sur la base du système progressif, et ce que l'apport tacite soit utilisé pour garantir des activités commerciales ou dans le cadre des missions d'intérêt public, ou que le capital apporté serve ou non à améliorer la solvabilité.

6. *MOTIFS JUSTIFIANT L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE*

(37) Dans sa décision du d'ouvrir la procédure le 13 novembre 2002, la Commission est parvenue à la conclusion provisoire que l'apport de prêts au titre de l'aide à la construction de logement du Land de Hesse à la Helaba constituait probablement une nouvelle aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE, qui semble incompatible avec le marché commun, aucune des

dispositions dérogatoires prévues à l'article 87, paragraphes 2 et 3, du traité CE, et à l'article 86, paragraphe 2, du traité CE, n'étant applicable.

(38) Le principe de «l'investisseur opérant dans une économie de marché» constitue le point de départ de l'analyse de la Commission. Selon ce principe, on considère qu'une entreprise est favorisée par la cession de ressources d'État, lorsqu'elles sont mises à sa disposition à des conditions qu'elle n'aurait pu obtenir dans des conditions normales de marché.

(39) En égard au taux sans risque à long terme (emprunts fédéraux sur 10 ans), qui était d'environ 4 % fin 1998, la Commission doutait que l'on puisse considérer la rémunération convenue comme appropriée, notamment en considération d'une majoration pour risque appropriée. Toutefois, la Commission a admis que lors de la fixation de la rémunération conforme au marché, il convenait de tenir compte de l'absence de liquidité des capitaux apportés en l'espèce. Les prêts transférés sous forme d'apport tacite doivent être affectés aux mêmes missions d'intérêt public qu'avant le transfert. La Helaba ne peut donc pas utiliser directement les capitaux transférés dans le cadre de ses activités. Cependant, grâce à l'élargissement de sa base de fonds propres, la Helaba possède une plus grande capacité d'octroi de crédits (fonction de développement des activités du capital propre). Néanmoins, elle ne peut réaliser pleinement le potentiel d'expansion de son volume d'affaires qu'à condition de pouvoir refinancer dans son intégralité le volume de crédits supplémentaire sur les marchés des capitaux. Selon la Commission, le Land ne pourrait escompter exactement le même rendement qu'un investisseur qui apporte des liquidités, ce qui justifie une baisse appropriée. Quant à savoir si cela justifie une déduction de la totalité des frais de refinancement bruts de la rémunération conforme au marché dans le cas d'un apport tacite en numéraire, il est permis d'en douter eu égard à la déductibilité fiscale des frais de refinancement.

(40) La Commission n'était pas convaincue que la rémunération de base pour l'apport tacite, fixée à 1,2 % par an, se situait dans la fourchette du marché pour des opérations similaires, en particulier parce que le volume absolu semblait être supérieur à ce que l'on trouve habituellement sur le marché. Elle n'était pas davantage convaincue que la majoration de 0,2 % au titre de la permanence de l'apport soit conforme aux pratiques habituelles du marché, ou que la majoration au titre de la taxe professionnelle de 0,26 % due en l'occurrence par la Helaba, alors qu'elle n'aurait pas frappé un apport tacite émanant d'investisseurs privés, puisse être considérée comme une composante de la rémunération ou comme pertinente dans le cadre de la comparaison avec le marché.

(41) La Commission n'était en outre pas certaine que, dans des conditions similaires, un investisseur opérant dans une économie de marché aurait accepté de se contenter d'une rémunération partielle les premières années. Elle estimait par ailleurs nécessaire de vérifier, à cet égard, si la Helaba retirait d'autres avantages rémunérables sur la partie non rémunérée de l'apport tacite, notamment une amélioration de sa solvabilité, étant donné que dès le départ, l'intégralité de l'apport tacite apparaissait au bilan et pouvait ainsi servir de garantie.

III. OBSERVATIONS DE L'ALLEMAGNE

(42) L'Allemagne indique que dans les années 1997-1998, le Land de Hesse cherchait un moyen de dégager des recettes supplémentaires de son fonds de promotion de la construction de logements, tout en conservant à celui-ci sa destination initiale, grâce à son intégration dans un établissement de crédit. Le fonds ne devait pas être scindé. Seule la Helaba était disposée à accepter une telle opération. Les actionnaires de la Helaba ont refusé un investissement du Land dans le capital social. L'apport tacite était donc le seul instrument de fonds propres envisageable.

(43) Aux dires de l'Allemagne, rien de ce que la Commission a exposé concernant les autres banques régionales ne s'applique à la Helaba. En effet, cette banque était rentable, elle disposait d'un capital de garantie suffisant, et elle n'avait donc besoin d'un transfert de fonds spéciaux ni pour garantir son volume d'affaires existant ni pour favoriser son expansion. La Helaba était parfaitement à même de couvrir ses besoins en capitaux auprès de son actionnaire, le Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen, ainsi que par l'intermédiaire des marchés des capitaux.

(44) Après l'élaboration par le comité de Bâle sur le contrôle bancaire, dans la «déclaration de Sydney» du 21 octobre 1998, de nouvelles lignes directrices pour la reconnaissance prudentielle d'instruments de fonds propres de base, déclaration qui concernait les établissements de crédit opérant au niveau international, le Land et la banque se seraient mis d'accord sur un apport en capital à de durée indéterminée plutôt que déterminée, afin de satisfaire aux nouvelles dispositions pour ce qui est de la reconnaissance en tant que fonds propres de base au-delà du plafond de 15 %. Le Land a néanmoins exigé une majoration de la rémunération de 0,2 % par an au titre de la permanence de l'apport et du droit de résiliation unilatéral dont dispose la banque.

(45) L'Allemagne relève que dans le sillage de la déclaration de Sidney adoptée par le comité de Bâle sur le contrôle bancaire, un marché fongible des apports tacites s'est développé, caractérisé par une grande diversification du côté des investisseurs, l'éventail des investisseurs s'étendant des investisseurs privés aux grands investisseurs publics.

(46) Selon elle, une participation tacite se distingue fondamentalement d'une participation dans le capital social. En effet, l'associé tacite n'est pas impliqué dans la gestion de la société et ne possède que des droits de contrôle très limités. Alors que la rémunération d'un capital souscrit s'effectue par dividendes après impôts, la rémunération dans le cas d'un apport tacite constitue une charge déductible fiscalement. Selon le droit prudentiel allemand, les apports tacites permanents étaient déjà reconnus comme fonds propres de base avant 1998, sans limite de montant; de même, selon le droit prudentiel international, les apports tacites permanents sont considérés comme fonds propres de base depuis la déclaration de Sidney d'octobre 1998. Dans les années 1998-1999, les établissements de crédit ont apparemment opté dans une plus grande mesure pour des apports tacites. La valeur de ces apports allait jusqu'à 1 milliard d'USD ou 1,2 milliard de DEM (environ 0,6 milliard d'euros). Même si le recours à ces apports n'était pas encore très répandu au début des années 1990, en

1998-1999, on ne pouvait plus considérer cet instrument de financement comme marginal.

(47) Pour ce qui est de l'accord relatif à la rémunération et de la forme juridique de celle-ci, le Land s'est appuyé sur des opérations similaires effectuées par des établissements de crédit privés. L'Allemagne cite les exemples suivants: en 1998, SGZ-Bank et la HypoVereinsbank Luxemburg avaient par exemple convenu d'une rémunération supérieure de 1,2 % et de 1,6 % par an, respectivement, au taux de référence; en 1999, la Dresdner Capital LLC et la HypoVereinsbank Luxemburg en 1999 convenaient d'une rémunération supérieure de 1,65 % et 1,25 % par an, respectivement, au taux de référence, alors que le «Perpetual» de la Deutsche Bank était rémunéré à un taux supérieur de 1,15 % par an au taux de référence. Les majorations de rémunération appliquées aux fonds repris par les établissements de crédit privés se situent en principe dans une fourchette comprise entre 0,80 % au-dessus du Libor 12 mois ([9]) et 2,15 % au-dessus des emprunts d'État américains ([10]). En outre, les caisses d'épargne de Hesse et de Thuringe ont apparemment accordé un apport tacite à la Helaba, avec effet au 5 décembre 1997, à un taux de 1,2 % par an au-dessus du taux d'intérêt de référence.

(48) Par ailleurs, l'Allemagne indique que, dans le cas d'un intérêt à taux variable, les taux d'intérêt de référence s'appuient sur les instruments du marché monétaire (Libor et Euribor), et dans le cas d'un intérêt fixe, sur les instruments du marché obligataire (emprunts d'État à taux fixe, tels que les bons du trésor américains et les emprunts fédéraux allemands) ou les taux d'intérêt sur le marché swap. S'agissant du marché monétaire de l'euro, les prêts s'effectuent normalement sur le marché interbancaire sur la base du libor ou de l'euribor, sans autres majorations. Si ces taux d'intérêt de référence étaient choisis pour des apports tacites, les majorations seraient identiques à la rémunération de la fonction de garantie des apports tacites. Sur le marché obligataire, on utilise généralement comme taux d'intérêts de référence le rendement des emprunts d'État et, depuis la fin des années 1990, de plus en plus souvent le taux de référence des «mid-swaps» (= taux moyen de l'écart entre les cours demandés et les cours offerts sur le marché swap). Même pour les obligations bancaires de premier rang, les banques devraient payer une majoration différente de celle applicable aux emprunts État de même durée, pour des raisons de solvabilité et de liquidité, et qui varierait selon les conditions prévalant sur le marché. Cette majoration est appelée majoration de refinancement. Pour apprécier les apports tacites d'actifs à taux d'intérêt fixe des établissements de crédit, il convient dès lors de déduire ces majorations de refinancement des majorations de rémunération.

(49) Selon le gouvernement allemand, ces majorations de refinancement pour les eurobanques (Senior Bonds, JP Morgan-Index), si on les compare aux emprunts fédéraux, sont passées d'à peine 20 points de base à plus de 40 points de base au cours de la période 1998-1999. Vers la fin de l'année 1998, elles s'élevaient à un peu moins de 40 points de base ([11]). Si l'on choisit le taux swap («mid-swaps») comme référence, la majoration d'intérêt d'un apport tacite correspond en revanche, dans une large mesure, à la rémunération de la fonction de garantie spécifique de l'apport tacite, puisque la majoration du taux swap par rapport aux emprunts fédéraux correspond à peu près, sur le marché, à la majoration du taux des obligations bancaires «couvertes» par rapport aux emprunts fédéraux, et peut dès lors prendre la forme de majorations d'intérêt sur la base d'euribor.

(50) Le Land et la banque ont mené les négociations relatives à l'apport et à la rémunération comme s'ils étaient deux partenaires indépendants l'un de l'autre. Ils se sont finalement entendus sur un taux de rémunération de 1,4 % par an (1,2 % plus une majoration de 0,2 % au titre de la permanence de l'apport et du droit unilatéral de résiliation dont dispose la banque) basé sur la fourchette mentionnée, avec toute une série de données relatives au marché de l'époque.

(51) S'agissant de la majoration au titre de la permanence de l'apport, l'Allemagne explique que les opérations choisies à titre de comparaison avaient des durées de 10 ou 12 ans, mais également de 32 ans, voire une durée indéterminée. La majoration de 0,2 % par an au titre de la permanence de l'apport est conforme au marché, la notation de solvabilité de la Helaba étant excellente (AAA/Aaa) à l'époque pertinente, ce qui n'était le cas d'aucun des établissements de référence. Les opérations sur le marché financier utilisées à des fins comparatives ne laissent en outre apparaître aucun lien entre le niveau de la rémunération et le montant de chaque fonds apporté, et ce ni du point de vue des établissements (montant total de chaque émission) ni du point de vue des investisseurs (montant de chaque tranche souscrite).

(52) Sur la rémunération de 1,4 %, la Helaba doit en outre s'acquitter de la taxe professionnelle, à laquelle le Land de Hesse n'est pas assujetti, ce qui porte la charge totale à 1,66 % (avant impôts). Selon l'Allemagne, lorsque l'on compare les rémunérations, il convient donc de prendre en considération l'impact de la taxe professionnelle, qui est de 0,26 % par an pour l'apport tacite à la Helaba. Les investisseurs privés exerçant en Allemagne sont soumis à la taxe professionnelle sur la part bénéficiaire des apports tacites. Par contre, le Land de Hesse n'est, quant à lui, pas assujetti à la taxe professionnelle. Dès lors, il appartient à la Helaba de s'acquitter de la taxe professionnelle due au titre de la rémunération de l'apport tacite. En conséquence, un investisseur institutionnel opérant dans une économie de marché aurait exigé une rémunération plus élevée que le Land, afin de compenser la charge que représente le paiement de la taxe professionnelle. À l'inverse, il ne fait aucun doute que la Helaba aurait été disposée à payer la majoration de la rémunération à ce type d'investisseurs, puisqu'il importe peu pour elle de payer la majoration de la rémunération à l'investisseur ou la taxe professionnelle au fisc. Si l'on ajoute la taxe professionnelle de 0,26 % par an à la rémunération obligatoire de 1,40 % par an au titre de l'apport tacite, cela porte la charge totale de la Helaba à

([9]) Voir observations de l'Allemagne du 9 avril 2003, p. 25: tranche à taux variable de l'apport tacite reçu en janvier 1998 par la Deutsche Bank, soit 700 millions d'USD sur 10 ans.

([10]) Voir observations de l'Allemagne du 9 avril 2003, p. 25: tranche de l'apport tacite reçu en mai 1999 par la Dresdner Bank, soit 1 000 millions d'USD sur 32 ans.

([11]) Voir graphique à l'annexe 15 des observations de l'Allemagne du 9 avril 2003.

1,66 % par an, ce qui est manifestement dans la fourchette du marché et correspond au résultat des négociations entre la Helaba et le Land de Hesse.

(53) Selon les indications fournies par l'Allemagne, la rémunération versée est déductible fiscalement pour la Helaba, en tant que dépense d'exploitation. Les apports tacites représentent seulement des fonds propres pour le calcul du ratio de solvabilité selon les règles prudentielles bancaires, alors qu'ils sont considérés comme fonds extérieurs du point de vue du droit des sociétés et du droit fiscal.

(54) Par ailleurs, les besoins en fonds propres de la banque, compte tenu de ses prévisions de croissance annuelle, se limitaient à […] millions de DEM, alors que la valeur du fonds spécial, en tant que fonds propres au sens prudentiel, s'élève à […] milliards de DEM. Selon l'Allemagne, la Helaba n'aurait pas absorbé un apport tacite de quelque 2,5 milliards de DEM en une seule fois, car ce montant couvre ses besoins en fonds propres pour plusieurs années; elle aurait au contraire sollicité le marché des capitaux à plusieurs reprises, au fur et à mesure de ses besoins. Malgré les effets négatifs ainsi subis par la Helaba, il n'a été convenu d'aucune déduction sur le taux de rémunération de 1,4 %. Au lieu de cela, le Land et la Helaba se sont, selon toute apparence, entendus sur une solution provisoire prévoyant une mobilisation et une rémunération progressives de l'apport tacite («système progressif»). La banque s'est efforcée à cette occasion de parvenir à une solution lui permettant de ne rémunérer l'apport qu'en fonction des objectifs de croissance convenus avec son propriétaire, à hauteur de son utilisation effective pour la garantie d'actifs à risques. Le Land de Hesse a cependant considéré que cette solution lui était trop défavorable et ne pouvait dès lors être acceptée. Au terme de négociations en vue de concilier des intérêts contradictoires, il a été convenu d'adopter un système de tranches annuelles progressives à rémunérer (1999: […] millions de DEM, 2000: […] milliards de DEM, 2001: […] milliards de DEM, 2002: […] milliards de DEM, 2003: […] milliards de DEM ou plafond de fonds propres de base utilisables). Ce «système progressif» prévoyait, pour les premières années, une progression nettement plus rapide que ce qu'exigeaient les objectifs de croissance de la banque. Le comité de direction a ensuite demandé au Conseil d'administration d'autoriser un contingent exceptionnel supplémentaire de […] millions de DEM pour la couverture de fonds propres de garantie, dont les rendements devaient servir à financer la rémunération de la différence, afin que l'utilisation de l'apport n'ait pas de répercussions négatives sur les résultats. De l'avis de l'Allemagne, il est clair que cette «surdotation» de la banque n'a non seulement généré aucun avantage supplémentaire, mais que sans le contingent exceptionnel, elle aurait grevé ses rendements, car il n'y aurait eu aucune recette pour couvrir la rémunération des parts de la base d'évaluation progressive non couvertes par des activités supplémentaires.

(55) La banque aurait ainsi été confrontée, à partir de 2003, à des obligations de paiement pouvant aller jusqu'à 33 millions de DEM, qui auraient augmenté chaque année. Outre la rémunération de l'apport tacite, la banque doit supporter les frais de refinancement découlant de l'octroi des crédits.

(56) L'Allemagne a également formulé d'autres observations quant au principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché. Selon elle, il ressort de la jurisprudence qu'il convient de déterminer, du point de vue de l'investisseur, s'il y a bien prestation et contrepartie conformes au marché. On peut émettre des réserves sur le fait que dès lors la Commission, ainsi qu'elle l'expose dans la décision d'ouverture de la procédure, ait principalement souhaité vérifier, du point de vue du bénéficiaire, si la Helaba avait bénéficié d'un avantage économique qu'elle n'aurait pu obtenir dans des conditions normales de marché.

(57) Il n'est donc pas justifié que la Commission, sans tenir compte du fait qu'un investisseur opérant dans une économie de marché puisse accepter une base d'évaluation progressive pour la rémunération, veuille vérifier si la Helaba bénéficie d'autres avantages découlant de la partie non rémunérée de l'apport tacite (amélioration de la solvabilité globale). Comme précisé au point 327 de l'arrêt WestLB, il n'est pas juste de se référer à la seule entreprise bénéficiaire de l'investissement. Un avantage supplémentaire du bénéficiaire est sans conséquence, dès lors qu'un investisseur opérant dans une économie de marché choisit de ne pas recevoir de rémunération supplémentaire pour cet avantage — quelles qu'en soient les raisons. Aucun établissement n'aurait été disposé à rémunérer immédiatement le volume total s'il n'avait pu disposer, pour étendre ses activités, que de montants partiels augmentant lentement et s'il n'a pas non plus la possibilité d'utiliser les montants en excédent. Or, le Land de Hesse souhaitait que le fonds spécial pour la construction de logements, malgré son importance, soit placé dans un seul établissement de crédit, sans être scindé. En pareil cas, un investisseur privé n'aurait jamais exigé une rémunération immédiate de l'intégralité de l'apport, mais aurait attendu d'avoir trouvé un établissement de crédit ayant besoin d'un apport de capitaux de cette ampleur, soit pour couvrir une expansion brusque de ses affaires soit pour compenser des pertes massives. Or, cela n'a pas été le cas en l'espèce. La Helaba n'a retiré aucun avantage, au cours des premières années, des parts de l'apport tacite auxquelles elle ne pouvait recourir en vertu des règles prudentielles et auxquelles elle ne devait pas recourir de par la volonté des actionnaires.

(58) En vertu du système progressif convenu avec le Land de Hesse, la Helaba n'a pu recourir, pour étendre ses activités, qu'à des tranches d'environ […] millions de DEM par an, outre le contingent spécial mentionné d'environ […] millions de DEM. D'un point de vue économique, le système progressif correspond à l'incorporation de plusieurs apports tacites échelonnés dans le temps. Par conséquent, les montants repris par les établissements privés sont tout au plus comparables aux montants des différentes tranches. À ce seul titre déjà, on peut parler d'un ordre de grandeur conforme au marché. Pour la reprise du fonds spécial non scindé à laquelle, somme toute, seule la Helaba était disposée, le Land n'aurait pas été en position d'exiger par exemple une majoration de la rémunération. Au terme de négociations, il a donc dû accepter que seules lui soient rémunérées les parts annuelles progressives de cet investissement.

(59) C'est à juste titre que l'apport n'a pas été rémunéré au titre de sa fonction de garantie complémentaire par une commission pour aval, dans la mesure où la banque, en vertu du droit prudentiel, n'y avait pas déjà eu recours à des fins d'expansion de ses activités. En effet, il ne serait pas raisonnable, d'un point de vue économique, qu'un établissement de crédit qui possède déjà le niveau maximum de solvabilité auprès des agences de notation, rémunère la fonction de garantie de fonds supplémentaires. Les conditions auxquelles l'établissement pouvait lever des capitaux extérieurs ne s'en sont pas trouvé améliorées, de sorte qu'il n'en retire aucun avantage financier. L'investisseur dans l'intérêt duquel l'intégralité du capital a été intégrée à la banque n'a donc pas pu imposer une rémunération au titre de la fonction de garantie.

(60) Les doutes émis par la Commission dans la décision d'ouvrir la procédure en ce qui concerne l'illiquidité du capital se fondaient en partie sur l'approche adoptée dans le cadre de la décision WestLB, laquelle ne saurait toutefois être appliquée à l'affaire en cause, car il y a des différences notables dans les faits. L'Allemagne estime qu'en l'espèce, il convient de déduire les frais de refinancement bruts, et pas seulement les frais de refinancement nets, de la rémunération d'apports comparables, mais liquides. En effet, les établissements de crédit privés peuvent, eux aussi, déduire fiscalement la rémunération de la liquidité des apports tacites qu'ils reçoivent. Si dans le cas de la Helaba, on ne devait déduire que les frais de refinancement nets de la rémunération fictive d'un apport tacite liquide, il faudrait que les établissements de crédit privés fassent de même pour la rémunération effective qu'ils versent pour des apports tacites liquides. Sinon, la comparaison serait faussée.

IV. OBSERVATIONS DE PARTIES INTÉRESSÉES

1. *OBSERVATIONS DU PLAIGNANT, LE BUNDESVERBAND DEUTSCHER BANKEN*

(61) Selon le Bundesverband deutscher Banken, la Helaba n'a pas versé de rémunération appropriée pour les fonds propres de base apportés, ce qui signifie qu'elle a obtenu une aide d'État.

(62) Dans ses observations du 29 juillet 2003 concernant la procédure ouverte le 13 novembre 2002 à l'encontre des banques régionales, le Bundesverband deutscher Banken indique que l'adéquation de la rémunération devrait être déterminée au moyen de l'approche sur laquelle s'est fondée la Commission dans la décision WestLB.

(63) Ainsi, il importe, dans un premier temps, de comparer le capital mis à disposition avec d'autres instruments de capitaux propres. Dans un deuxième temps, il convient de déterminer la rémunération minimum escomptée par un investisseur pour l'investissement concret de fonds propres dans la banque régionale. En dernier lieu, des majorations ou des déductions éventuelles sont à prendre en compte au titre des particularités de la cession.

1.1. COMPARAISON AVEC D'AUTRES INSTRUMENTS DE CAPITAUX PROPRES

(64) Selon les renseignements fournis par le Bundesverband deutscher Banken, depuis 1992, le besoin d'accéder à de nouveaux fonds propres de base se faisait ressentir dans quasiment toutes les banques régionales, parce que celles-ci devaient se conformer aux exigences plus sévères contenues dans la nouvelle directive sur la solvabilité. Sans ces augmentations de capital, les banques régionales se seraient vu contraintes de réduire leurs activités. Il faut en conclure, selon le Bundesverband deutscher Banken, que le capital apporté ne devrait être comparé qu'avec des instruments de capitaux propres qui étaient reconnus et disponibles en Allemagne au moment de l'apport en tant que fonds propres de base (capital de «première catégorie»). Étaient donc a priori exclus de toute comparaison les actions privilégiées sans droit de vote, les titres participatifs et les «perpetual preferred shares», ces trois instruments de capitaux propres n'étant pas reconnus en Allemagne comme fonds propres de base, mais uniquement comme fonds propres complémentaires (capital de «deuxième catégorie»).

(65) Ainsi, seuls le capital social et les participations sans droit de vote étaient reconnus en Allemagne comme fonds propres de base durant les différentes périodes où ont eu lieu les apports de capitaux. Selon le Bundesverband deutscher Banken, la seule forme juridique effectivement accessible à la Helaba pour les investissements aurait été le capital social. À cet égard, le Bundesverband deutscher Banken ne conteste pas la reconnaissance proprement dite par les autorités concernées, mais il estime qu'une telle reconnaissance n'aurait jamais dû avoir lieu, puisque l'apport tacite du Land de Hesse n'était économiquement et juridiquement pas comparable à des apports tacites «normaux», mais uniquement à des apports de capital social. Toutefois, cette reconnaissance ayant effectivement eu lieu, la rémunération de l'apport tacite du Land de Hesse devrait donc au moins être basée sur celle appliquée au capital social, car c'est cette rémunération-là qu'un investisseur opérant dans une économie de marché aurait exigée, en raison de la similitude de l'opération avec un apport de capital social et de sa structure de risques concrète.

(66) Le Bundesverband deutscher Banken analyse sur la base d'une liste de critères pourquoi, selon lui, il y a lieu de comparer, économiquement et juridiquement, l'apport tacite du Land de Hesse à un apport de capital social et non pas aux apports tacites que l'on observe sur le marché.

(67) Pour ce faire, le Bundesverband deutscher Banken s'appuie dans une large mesure sur l'argument selon lequel les apports tacites «normaux» ne sont conclus que pour une durée limitée ou sont résiliables, et que, conformément aux principes du comité de Bâle sur le contrôle bancaire, il n'est pas permis d'utiliser des volumes dépassant le plafond de 15 % des fonds propres de base, alors que l'apport tacite du Land de Hesse, lui, a une durée illimitée et permet un dépassement du plafond de 15 %. De plus, le fait qu'il y ait eu un accord de subordination ne signifie pas que le risque pour l'investisseur soit moindre étant donné que le capital injecté représente une part non négligeable de l'ensemble des fonds propres de base, parfois plus de 50 %. Dans ce

contexte, les probabilités qu'en cas de perte, l'on ait recours au capital apporté sont plus grandes, ce qui justifie d'ailleurs également le paiement d'une prime de risque. En outre, le Bundesverband deutscher Banken fait valoir que les apports tacites ne peuvent être reconnus au plan prudentiel que comme «lower tier-1 capital» et que dès lors, en vertu de la déclaration de Sidney du comité de Bâle sur le contrôle bancaire de 1998, ils ne peuvent représenter que 15 % au maximum du ratio obligatoire de fonds propres de base. Ainsi, il n'est pas possible de recourir à des apports tacites pour de grands volumes de capitaux allant au-delà de cette limite. Enfin, les *perpetuals* de la Deutsche Bank, mentionnés par le gouvernement allemand, ne peuvent servir de référence pour une rémunération appropriée, car ils sont tous inférieurs au plafond de 15 % et n'auraient pas pu être utilisés par la Helaba fin 1998.

(68) À cela s'ajoute le fait que le Land apportait ses fonds à la Helaba sans se laisser de possibilité de résiliation, c'est-à-dire sans limitation dans le temps. Certes, un actionnaire ne peut pas non plus «résilier» son capital-actions, mais il est cependant libre de vendre ou d'investir ses actions ailleurs. Indépendamment de la forme juridique, une telle capacité de transfert faisait de toute façon déjà défaut en l'espèce, ne serait-ce que parce qu'il n'existe quasiment pas de marché pour un placement de capitaux de cet ordre, qui plus est à durée indéterminée. Les investisseurs privés, quant à eux, se réservent généralement la possibilité de retirer leur capital en cas de mauvais résultats persistants, afin d'effectuer des placements plus rentables. Un investisseur privé n'accepterait d'immobiliser du capital à risque sur une base permanente, pour autant qu'il le fasse, qu'à condition de recevoir des rendements d'un montant approprié.

(69) Quant à la forme d'apport de capital choisie en l'espèce, il s'agirait donc d'un investissement normal dans du capital social, pour lequel un investisseur opérant dans une économie marché s'attend à recevoir un taux de rendement approprié. Il semble en particulier insuffisant de prendre en considération le caractère indéterminé de la durée en se limitant à appliquer une majoration sur le taux de rendement de base d'un apport tacite (limité) déterminé sur la base de cette comparaison.

(70) Les deux tableaux suivants montrent les grandes différences qu'il y a entre l'«apport tacite» de la Helaba et d'autres formes de fonds propres existant à l'époque de l'investissement:

	«Apport tacite» Helaba	Capital social	Participation tacite	Actions privilégiées	Titres participatifs	Preferred shares
Disponibilité sur le marché allemand en 1998	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Qualité au plan prudentiel	Fonds propres de base	Fonds propres de base	Fonds propres de base à certaines conditions et plafonds de 15 %	Fonds propres complémentaires	Fonds propres complémentaires à certaines conditions	Fonds propres complémentaires ou fonds propres de base avec plafond de 15 %

	Capital social	«Apport tacite» Helaba	Participation tacite
Utilisation pour volumes importants	oui	oui	Non
Durée indéterminée	oui	oui	Non
Investisseur sans droit de résiliation	oui	oui	Oui
Participation aux pertes en cours	oui	oui	Oui
Remboursement en cas de faillite après les créanciers	oui	oui pas de «subordination» interne par rapport au capital social	Oui remboursement avant capital social

	Capital social	«Apport tacite» Helaba	Participation tacite
Rémunération sous forme de participation aux bénéfices	oui	oui	Oui
Pas de versements ultérieurs en cas de non-versement de la rémunération	oui	oui	Pas de possibilité de versements ultérieurs cumulés

1.2. DÉDUCTIBILITÉ FISCALE

(71) Le Bundesverband deutscher Banken doute que la part bénéficiaire du Land de Hesse soit déductible fiscalement en tant que dépense d'exploitation. On peut penser qu'avec cet apport tacite, le Land de Hesse assume un risque considérable, tant par le niveau élevé des capitaux et que par l'impossibilité de résilier la participation. Ce risque justifierait l'existence d'une cogérance («société en nom collectif atypique»), la qualification fiscale de l'apport tacite comme fonds propres de la cogérance et la non-déductibilité de la part bénéficiaire de l'associé tacite en tant que dépense d'exploitation de la Helaba.

1.3. RÉMUNÉRATION MINIMUM POUR UN INVESTISSEMENT DANS LE CAPITAL SOCIAL D'UNE BANQUE RÉGIONALE

(72) Le Bundesverband deutscher Banken explique que toutes les méthodes pour déterminer une rémunération (rendement) appropriée pour la mise à disposition de fonds propres prévoient un rendement sans risque et une prime de risque supplémentaire. Elles se fondent sur les principes suivants:

Rendement escompté d'un investissement à risque

= Rendement sans risque + Prime de risque d'un investissement à risque

(73) Pour déterminer le rendement sans risque, le Bundesverband deutscher Banken utilise les rendements appliqués aux emprunts d'État à long terme, car les titres à revenu fixe d'émetteurs publics constituent la forme de placement comportant le risque le plus faible, voire aucun risque ([12]).

(74) Pour calculer la prime de risque, le Bundesverband deutscher Banken détermine tout d'abord la «prime de risque du marché», c'est-à-dire la différence entre le rendement moyen à long terme des actions et celui des emprunts d'État. S'agissant du marché boursier allemand, le Bundesverband deutscher Banken utilise une prime de risque du marché à long terme globale de 4,6 % sur la base d'une étude de Stehle-Hartmond (1991).

(75) Dans un deuxième temps, le Bundesverband deutscher Banken détermine la valeur bêta des banques régionales, c'est-à-dire la prime de risque individuelle des banques qui servira à adapter la prime de risque générale du marché. À cet effet, le Bundesverband deutscher Banken détermine les valeurs bêta statistiquement, ce qui signifie qu'elles sont évaluées sur la base d'un échantillonnage de données historiques. Le Bundesverband deutscher Banken est parvenu à la conclusion que toutes les valeurs bêta, pour toutes les banques régionales et pour les périodes considérées, étaient supérieures à un ([13]).

(76) La rémunération minimum escomptée pour un investissement dans le capital social de la Helaba à l'époque du transfert du fonds spécial au 31 décembre 1998 était, selon l'évaluation du Bundesverband deutscher Banken, de 11,66 % par an.

1.4. MAJORATIONS ET DÉDUCTIONS AU TITRE DES PARTICULARITÉS DES OPÉRATIONS

(77) Le Bundesverband deutscher Banken explique que le taux de 4,2 % déduit de la rémunération minimum de 12 % par la Commission dans la décision WestLB en raison de l'illiquidité du fonds de la Wfa a été confirmé par le Tribunal de première instance. Il n'y a donc aucune raison de s'écarter de cette méthode dans les affaires en cause, et il convient de procéder ici aussi à une déduction au titre de l'absence de liquidité. Le niveau de cette déduction s'établit en vertu de la méthode WestLB, c'est-à-dire selon les frais de refinancement nets (les frais de refinancement bruts diminués de l'impôt sur les sociétés applicable).

(78) Dans le cas de la Helaba, la déduction au titre de l'absence de liquidité se calcule sur la base d'un taux de refinancement brut de 6,57 % par an (selon le taux de base sans risque à long terme au moment du transfert, en 1998), auquel il convient d'appliquer le taux d'imposition global en vigueur, afin d'obtenir le taux de refinancement net.

([12]) Afin d'éliminer les effets de l'inflation, il convient de déterminer le taux de rendement d'un emprunt d'État à long terme pour chaque période de transfert de capital, tout d'abord sans prise en compte des perspectives d'inflation. Pour évaluer le taux de base sans risque à long terme, on ajoute ensuite au «taux de base réel» à la date considérée l'évaluation des perspectives d'inflation moyenne à long terme, soit de 3,60 %.

([13]) Le Bundesverband deutscher Banken joint également, à titre comparatif, les valeurs bêta théoriques selon le Capital Asset Pricing Model (CAPM), dont il constate qu'elles ne diffèrent guère de celles déterminées par la méthode empirique.

(79) Le Bundesverband deutscher Banken a relevé, lors des opérations de transfert, trois aspects qui, par rapport à un «investissement normal dans un capital social», sont à l'origine d'une augmentation du risque: le volume exceptionnel du transfert de capitaux, le fait qu'il n'y ait eu aucune émission de nouvelles actions, et donc aucun nouveau droit de vote, ainsi que l'absence de fongibilité de l'investissement, c'est-à-dire l'impossibilité de retirer à tout moment le capital investi de l'entreprise. Le Bundesverband deutscher Banken estime une majoration minimum de 1,5 % comme justifiée, conformément à la méthode appliquée au cas WestLB.

1.5. BASE DE CAPITAL ET ÉLÉMENTS DE LA RÉMUNÉRATION

(80) Dans le cadre de la détermination de la rémunération appropriée, le Bundesverband deutscher Banken souligne tout d'abord que dans le cas de la Helaba, il convient de se baser sur le montant total reconnu comme fonds propres de base pour garantir des activités commerciales, et non pas simplement sur la partie effectivement utilisée ou utilisable. Pour justifier cette option, il avance qu'un investisseur opérant dans une économie de marché n'accepterait pas que sa rémunération soit limitée à la partie des capitaux effectivement utilisée. En effet, pour l'investisseur privé, qui assume le risque de perte de son apport, il importe peu de savoir si l'établissement de crédit utilise effectivement le capital apporté pour étendre ses activités. Ce qui est déterminant pour lui, c'est de savoir qu'il n'est plus en mesure de gérer lui-même le montant injecté et qu'il est dès lors dans l'incapacité d'obtenir des rendements appropriés.

(81) Le calcul de la rémunération pour la période allant de 1998 à 2002 sur la base de tranches annuelles progressives n'a pas été justifié en tant que déduction pour compenser le caractère «indivis» du capital injecté ni par le fait que l'injection «en bloc» à la Helaba aurait eu un impact négatif. Même en admettant que l'injection de capital n'était peut-être pas nécessaire pour satisfaire aux critères de solvabilité, elles a cependant entraîné une nette augmentation de la dotation en fonds propres de base de la Helaba et permis une forte expansion de ses activités commerciales. Un investisseur opérant dans une économie de marché se serait donc fait rémunérer sur le montant total, sans restriction, puisqu'il avait été reconnu comme fonds propres de garantie.

(82) La commission de garantie de 0,3 % par an sur laquelle se base la Commission dans la décision WestLB, qu'elle a déterminée en comparant le montant du capital à une garantie, est à prélever sur la partie des fonds propres de base apportés qui ne devait pas servir à la couverture des activités commerciales.

(83) Seules la «commission de garantie» ainsi que la «majoration au titre de la permanence» peuvent être prises en considération en tant qu'éléments de la rémunération. La taxe professionnelle, qui est essentiellement payable à la commune et non au Land, ne saurait être considérée comme un élément de la rémunération. Elle constitue une charge imposée par la loi, liée à un élément fiscal indépendamment des projets des parties.

(84) Enfin, le rendement n'est pas versé au Land de Hesse, mais — après déduction de l'impôt sur le revenu des capitaux — «affecté en tant que montant net au fonds spécial». Étant donné que la Helaba est (seule) propriétaire du fonds spécial, elle se paie en fin de compte elle-même. Un investisseur privé n'aurait jamais pu accepter cela en guise de compensation pour son investissement.

2. *OBSERVATIONS DU LAND DE RHÉNANIE-DU-NORD-WESTPHALIE ET DE LA WESTLB*

(85) Dans les observations transmises le 30 octobre 2003 par l'Allemagne sur la décision de la Commission du 13 novembre 2002 d'ouvrir une procédure, le Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie et la WestLB contestent le fait que les apports de fonds dans les banques régionales puissent être comparés à des investissements dans le capital social. Les apports tacites et les «perpetuals» sont en effet reconnus en Allemagne comme fonds propres de base depuis 1991. Par ailleurs, la rémunération ne se base pas sur leur qualité prudentielle, mais sur le profil de risque du placement en question. Étant donné que les fonds ne sont utilisés comme garantie qu'à titre subordonné, la structure de risques s'apparente davantage à celle des apports tacites ou des «perpetuals» qu'à celle des investissements dans le capital social.

(86) S'agissant de la détermination de la rémunération minimum dans le cas d'un investissement dans le capital social, la WestLB n'a rien à redire à l'approche de la méthode CAPM. Toutefois les valeurs bêta nettement supérieures à 1 déterminées par le Bundesverband deutscher Banken ne sont pas appropriées. Un facteur bêta supérieur à 1 signifie que l'action de l'entreprise présente un risque plus élevé que le marché pris globalement. Compte tenu de l'obligation de maintien en activité («*Anstaltslast*») et de garantie («*Gewährträgerhaftung*») qui incombait aux pouvoirs publics et qui n'était pas remise en cause à l'époque, le risque lié à l'investissement dans une banque régionale était pourtant nettement inférieur au risque du marché pris globalement.

(87) Il serait également erroné, dans le cas particulier des banques régionales, de se baser sur le rendement escompté au moment de l'apport des actifs dans les banques. Certes, l'adoption d'une telle approche au regard du critère de l'investisseur privé s'avère en principe utile. En l'espèce, cela signifie qu'il faut partir du rendement escompté en 1991. Il est cependant irréaliste, du point de vue économique, de penser qu'un investisseur puisse recevoir en 2003 le rendement escompté en 1991, qui était nettement supérieur aux rendements effectivement obtenus. L'application systématique d'un taux de rendement d'environ 12 % reviendrait à favoriser de façon injustifiée les banques régionales par rapport aux concurrents privés.

(88) S'agissant de la déduction pour absence de liquidité du transfert d'actifs, la WestLB et le Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie considèrent que le taux pour les emprunts d'État sans risque est à déduire intégralement du rendement de base. Le transfert d'actifs n'a pas permis aux banques régionales d'obtenir des liquidités. Au plan économique, il n'est pas réaliste de vouloir déduire de ce taux les économies d'impôt réalisées, car la rémunération des instruments afférents au marché des capitaux s'effectue

indépendamment de la situation fiscale. Sinon, le prix d'un instrument donné varierait selon la situation fiscale.

(89) Enfin, le fait que l'absence de liquidité des capitaux ne mette pas en péril la liquidité de l'entreprise devrait être considéré comme un facteur de réduction du risque et, par conséquent, de la rémunération. Dès lors, une déduction appropriée devrait être appliquée. De même, il faudrait procéder à une déduction au titre de l'effet engendré par la qualité de propriétaire de l'investisseur, car un investisseur ayant déjà des parts dans une entreprise ne juge pas un investissement supplémentaire de la même façon qu'un nouvel investisseur.

V. RÉACTION DE L'ALLEMAGNE AUX OBSERVATIONS DU BUNDESVERBAND DEUTSCHER BANKEN

(90) Selon l'Allemagne, le Bundesverband deutscher Banken ne parvient ni à faire passer l'apport tacite pour un investissement dans le capital social ni à éveiller des doutes quant à l'adéquation de la rémunération convenue et versée au Land de Hesse. Il ne s'agit donc pas en l'espèce d'une aide d'État

(91) Pour déterminer la rémunération, il n'y a pas lieu de considérer d'abord la rémunération d'un investissement hypothétique dans le capital social. Le Land de Hesse a, dès le départ, transféré son fonds spécial pour la construction de logement à la banque sous forme d'apport tacite. Il s'agit en l'occurrence d'un instrument de financement défini du point de vue du droit des sociétés, du droit fiscal et du droit prudentiel, qui se différencie fondamentalement d'un investissement dans le capital social qui, du reste, n'avait pas la faveur du Land et auquel s'étaient catégoriquement refusés les actionnaires de la banque.

(92) D'une part, le Bundesverband deutscher Banken néglige certains éléments distinctifs importants qui existent entre capital social et apports tacites et, d'autre part, il invoque des différences entre des apports tacites «normaux» et l'apport tacite du Land de Hesse qui n'existent pas.

(93) En substance, le Bundesverband deutscher Banken considère que les participations sans droit de vote sont limitées dans le temps ou qu'elles peuvent être résiliées, et que dès lors, conformément aux principes du comité de Bâle sur le contrôle bancaire, elles ne sont reconnues comme fonds propres de base qu'à hauteur de 15 % de l'intégralité des fonds propres d'un établissement de crédit. Étant donné que l'apport tacite du Land de Hesse a été mis à la disposition de la Helaba pour une durée indéterminée et ne tombe donc pas sous le coup de l'application du plafond de 15 %, et qu'à ce titre, il ne représente pas un apport tacite «normal», mais un capital social fonctionnel, il convient de baser la rémunération non pas sur d'autres apports tacites ou d'autres instruments de capitaux innovants, mais sur des investissements dans le capital social.

(94) Cet argument central du Bundesverband deutscher Banken est dépourvu de pertinence, et ce à plusieurs titres. Ainsi, la durée limitée ou la possibilité de résilier ne constituent pas une caractéristique essentielle des apports tacites, ni en vertu du droit des sociétés ni en vertu des règles prudentielles. À l'inverse, le capital social n'est pas nécessairement illimité et non résiliable. Au contraire, conformément au droit des sociétés allemand, toutes les sociétés, quelle que soit leur forme juridique, peuvent être créées pour une durée déterminée ou convenir de la possibilité de résilier un apport, ce qui ne va pas à l'encontre de la reconnaissance de capitaux en tant que fonds propres de base en vertu des règles prudentielles allemandes.

(95) En outre, le Bundesverband deutscher Banken ne dit pas que, conformément aux règles prudentielles internationales, adoptées à la suite de la déclaration de Sidney du comité de Bâle sur le contrôle bancaire, et à la pratique de l'organisme de contrôle allemand, le plafond de 15 % concernant la reconnaissance en tant que fonds propres de base ne s'applique pas aux instruments de capitaux permanents qui sont uniquement résiliables à l'initiative des émetteurs (mais non pas des investisseurs). Au surplus, il est généralement admis par le contrôle bancaire allemand qu'un apport, même s'il porte sur une durée d'au moins 30 ans et que l'investisseur se voit appliquer une interdiction formelle de résiliation, est mis à la disposition d'un investisseur «à titre permanent» et ne tombe donc pas sous le coup de l'application du plafond de 15 %. On voit également ici que la différence entre les apports à terme déterminé et les apports sans limitation dans le temps n'est en aucun cas aussi déterminante que le prétend le Bundesverband deutscher Banken. En ce qui concerne la rémunération appropriée, il n'est ni nécessaire ni justifié, au vu de ce qui précède, de faire passer les apports tacites pour des investissements dans le capital social.

(96) Quelques mois à peine après la Helaba, la Deutsche Bank a souscrit un apport «à durée indéterminée», effectué sous la forme de «perpetuals», et ce sur le marché des capitaux. Contrairement à ce que prétend le Bundesverband deutscher Banken, le plafond de 15 % ne s'applique pas à cet apport, comme cela a été dit dans un article de presse à ce sujet, étant donné qu'il n'a été convenu d'aucune augmentation du taux d'intérêt au cas où la banque n'exercerait pas le droit de résiliation qui lui a été accordé (pas de clause «step-up»). Les «perpetuals» de la Deutsche Bank n'ont d'ailleurs rien d'exceptionnel, puisque par la suite, de nombreux autres établissements de crédit se sont procurés des «perpetuals» sur le marché; l'Allemagne a d'ailleurs cité des exemples à ce propos. Aucune émission dont le volume peut, en cas de forte demande, atteindre de 150 millions d'euros jusqu'à plus de deux milliards d'euros, ne rapporte, ne fût-ce que de loin, autant que le capital social; la rémunération oscille dans ce cas entre 110 et 290 points de base au-dessus des mid-swaps. Déjà en 1999, s'agissant de la rémunération, le marché n'accordait pas une importance déterminante à la différenciation entre les instruments de capitaux à durée déterminée ou ceux non limités dans le temps, pas plus qu'à la question de savoir si le produit des émissions tombait sous le coup de l'application du plafond de 15 % ou non.

(97) Même les critères choisis de façon sélective par le Bundesverband deutscher Banken, qui sont censés prouver, d'un côté, les similitudes entre un investissement dans le capital social et l'apport tacite du Land de Hesse, et de

l'autre, les différences entre cet apport tacite du Land de Hesse et un apport tacite «normal», sont dénués de pertinence. Le Bundesverband deutscher Banken néglige, d'une part, les possibilités qu'ont les parties de définir d'un commun accord les modalités des apports tacites et, d'autre part, certaines caractéristiques essentielles et indispensables à une différenciation entre investissement dans le capital social et apport tacite.

(98) Le capital social n'est pas «porteur d'intérêts», mais garantit un droit au paiement d'un dividende qui dépend non seulement des bénéfices réalisés, mais également, et surtout, de l'importance de la participation aux bénéfices. En revanche, la rémunération d'un apport tacite ne dépend que des bénéfices réalisés. Quant au fait de savoir si, dans le cas d'un apport tacite, des reports de versement sont ou non prévus, cela relève des arrangements éventuels conclus entre les parties, mais ne constitue en tout cas pas une caractéristique constitutive d'un apport tacite «normal». De toute façon, […] l'article 10, paragraphe 4, du KWG, prévoit formellement, pour les apports tacites, l'obligation classique de report de versement à titre subordonné, en cas de pertes. Il faut d'abord reconstituer l'apport à hauteur de son montant initial, à partir des bénéfices futurs ([14]).

(99) L'assertion selon laquelle, en cas de volume important, on ne pourrait recourir qu'à des investissements dans le capital social et non pas à des apports tacites «normaux», est démentie par l'importance des apports tacites que se sont procurés les établissements de crédit privés sur le marché des capitaux en 1998/99 et qu'ils se procurent encore aujourd'hui. Ils peuvent atteindre jusqu'à un milliard d'euros environ. En termes relatifs, chaque apport tacite est reconnu comme fonds propres de base, même s'il dépasse le plafond de 15 %, pour autant qu'il respecte les exigences du comité de Bâle sur le contrôle bancaire et la pratique des organismes de contrôle allemand qui en découle.

(100) La Deutsche Bank, membre du Bundesverband deutscher Banken, livre à cet égard un exemple récent illustrant la possibilité de dépasser le plafond de 15 %, avec la mesure financière prise le 2 décembre 2003. Il s'agit en l'occurrence de la reprise d'apports de fonds tacites provenant d'investisseurs privés pour un montant total de 300 millions d'euros, non limités dans le temps (*«perpetuals»*) ([15]). *Cela prouve une fois de plus la liquidité et la transparence du marché pour les apports de fonds tacites de banques allemandes, même lorsqu'ils sont importants. La prime de garantie de 0,99 % convenue au titre de cette mesure prouve du reste que la détermination de la rémunération de la garantie convenue pour l'apport tacite du Land de Hesse à la Helaba est basée sur le marché et conforme au marché.*

(101) À la demande de la Commission, le gouvernement allemand a présenté un aperçu, sous forme de tableau, de l'évolution des apports tacites d'actifs et d'autres instruments de capitaux propres hybrides de certaines grandes banques privées, entre 1998 et 2003. Selon l'Allemagne, ce tableau montre clairement que les établissements concernés ont également eu recours à des instruments de capitaux propres hybrides, et dans quelles proportions il y ont eu recours, sans tenir compte du plafond de 15 % prévu par les règles prudentielles, dans la mesure où ils représentaient plus de 15 % de la totalité des fonds propres de base ([+]):

	[Banque A]			[Banque B]			[Banque C]		
	Instruments de capitaux propres de base hybrides (dont apports tacites en millions d'euros)	Capitaux propres de base (en millions d'euros)	Part des capitaux propres de base hybrides (en %)	Instruments de fonds propres de base hybrides (en millions d'euros)	Capitaux propres de base (en millions d'euros)	Part des capitaux propres de base hybrides (en %)	Instruments de capitaux propres de base hybrides (en millions d'euros)	Capitaux propres de base (en milliards d'euros)	Part des capitaux propres de base hybrides (en %) (*)
1998	612 (612)	15 978	4 %	—	10 623	—	614	13,0	5 %
1999	3 096 (713)	17 338	18 %	1 495	12 908	12 %	1 937	14,6	13 %
2000	3 275 (768)	21 575	15 %	1 574	12 046	13 %	2 014	21,3	9 %

([14]) […] signifie: «[…]».

([15]) Voir *Börsenzeitung* du 7 novembre 2003 et *International Financial Review* du 22 novembre 2003.

([+]) Les noms des grandes banques privées énumérées constituent des informations confidentielles. Elles sont donc désignées dans le tableau par banque A, banque B et banque C.

	[Banque A]			[Banque B]			[Banque C]		
	Instruments de capitaux propres de base hybrides (dont apports tacites en millions d'euros)	Capitaux propres de base (en millions d'euros)	Part des capitaux propres de base hybrides (en %)	Instruments de fonds propres de base hybrides (en millions d'euros)	Capitaux propres de base (en millions d'euros)	Part des capitaux propres de base hybrides (en %)	Instruments de capitaux propres de base hybrides (en millions d'euros)	Capitaux propres de base (en milliards d'euros)	Part des capitaux propres de base hybrides (en %) (*)
2001	3 404 (811)	24 803	14 %	1 923	11 542	17 %	3 650	21,7	17 %
2002	2 973 (686)	22 742	13 %	1 732	8 572	20 %	4 164	19,1	22 %
2003	3 859 (**) (572)	21 618	18 %	1 561	7 339	21 %	4 076	14,4	28 %

(*) basé sur une affectation complète aux capitaux propres de base

(**) actions privilégiées cumulatives après déconsolidation des sociétés fiduciaires

(102) Contrairement à ce qu'affirme le Bundesverband deutscher Banken, les apports tacites du Land de Hesse, tout comme les apports tacites acquis sur le marché des capitaux sont, en cas faillite, remboursés avant le capital social, c'est-à-dire en priorité par rapport à celui-ci. Contrairement à ce qu'affirme le Bundesverband deutscher Banken, le Land de Hesse, tout comme l'investisseur d'un autre apport tacite, ont obtenu, lors de la faillite de l'entreprise, la provision accordée aux créanciers dans la masse, alors que le propriétaire, lui, n'a rien reçu; il en résulte dès lors un risque moindre par rapport à un investissement dans le capital social.

(103) Les participations tacites se distinguent fondamentalement du capital social en ce que l'associé tacite ne possède pas de parts dans l'entreprise ni de droit de vote. Le Bundesverband deutscher Banken omet ce fait dans le cadre de sa comparaison et exige par contre une majoration à ce titre. Le marché ne suit pas cette logique.

(104) Les doutes émis par le Bundesverband deutscher Banken quant à la déductibilité fiscale de la rémunération sont dénués de tout fondement. Le Land de Hesse n'a assumé ni le risque entrepreneurial ni l'initiative inhérents à l'acceptation d'une cogérance. Dès lors, aux termes du contrat de création de la société tacite, le Land de Hesse — comme n'importe quel associé tacite — participe aux pertes et bénéfices de la Helaba, mais pas à ses réserves tacites, pas plus qu'à la valeur commerciale ou aux augmentations de la valeur du capital d'exploitation. À la dissolution de la société tacite, seul son apport lui est restitué. Le Land de Hesse n'a pas la faculté d'exercer de droits sociaux correspondant aux droits de vote, de contrôle et d'opposition d'un commanditaire ou aux droits de contrôle d'un associé d'une société civile en vertu de l'article 716, paragraphe 1, du code civil allemand («BGB»). Au reste, l'accord entre les Länder de Hesse et de Thuringe sur la création d'un organisme de caisse d'épargne commun ne permettait pas d'accepter d'associé tacite atypique. En l'absence d'une cogérance, le fisc aurait reconnu la déductibilité fiscale de la rémunération versée au Land de Hesse.

(105) Le traitement comptable est également différent. La rémunération du capital social s'effectue sur le bénéfice comptable (excédent des comptes d'actif sur les comptes de passif) par décision de l'Assemblée générale. S'agissant de l'apport tacite du Land de Hesse, la rémunération vient en revanche diminuer le résultat d'exploitation, en grevant l'excédent d'intérêts (la rémunération étant une composante des frais financiers); elle n'entre pas dans le cadre de la répartition des bénéfices, et ne requiert dès lors aucune décision des associés. Ce traitement comptable, qui s'applique impérativement aux apports tacites, affecte le ratio charges d'exploitation-produits d'exploitation («Cost-Income-Ratio») et la rentabilité des capitaux propres inscrite au bilan.

(106) Contrairement à ce qu'avance le Bundesverband deutscher Banken, un investisseur opérant dans une économie de marché aurait accepté que sa rémunération soit calculée uniquement sur la partie effectivement nécessaire à des fins d'expansion des activités et n'aurait pas exigé une rémunération de 0,3 % pour la partie excédentaire, à la suite de la décision WestLB de la Commission. En raison des besoins limités de la Helaba, annoncés dès le départ, aucun investisseur autre que le Land de Hesse ne pouvait prétendre à un meilleur résultat à l'issue des négociations.

(107) S'agissant du niveau de la rémunération appropriée, les arguments avancés par le BdB sont fondés sur une hypothèse de départ erronée. En effet, les seules

rémunérations sur lesquelles il convenait de se baser étaient celles qui avaient été convenues sur le marché au cours de la période concernée pour des apports tacites comparables dans des établissements de crédit. Les différences dans la structure des différents apports tacites, mais également dans la qualité des établissements de crédit repreneurs, sont à considérer, dans le cadre de la comparaison entre les rémunérations, sous l'angle des déductions et majorations appliquées à ces rémunérations, et non à partir de la rémunération pour un investissement hypothétique dans le capital social.

(108) Indépendamment de cela, la détermination des rendements d'investissements dans le capital social effectuée par le Bundesverband deutscher Banken est erronée. Dans le cadre de la détermination de la valeur bêta, il n'est pas correct d'assimiler les banques régionales à des «banques de crédit» assumant un risque systématiquement supérieur à la moyenne. Il est plus judicieux de se baser sur le groupe clairement défini des banques cotées en bourse (CDAX-Banken). Une part élevée du total du bilan de la Helaba est constituée par des créances communales, interbancaires et hypothécaires. Dans le cadre d'une évaluation d'entreprise objectivée, au 1er janvier 1999, pour sept établissements de crédit, un expert a calculé un facteur bêta moyen de […] sur la base d'une structure du risque comparable du point de vue du risque commercial, des activités, de la structure de la clientèle et de la taille de l'entreprise, c'est-à-dire un facteur bêta nettement inférieur à un. Cet expert s'est basé sur un rendement de marché à long terme de 5 % et un taux sans risque à long terme de 6 %. On obtient ainsi un coût des capitaux de […] % au 1er janvier 1999. Le taux, avancé par Bundesverband deutscher Banken, de 11,66 % au 31 décembre 1998 pour le rendement des capitaux propres de la Helaba repose sur un facteur bêta tout à fait exagéré et d'ailleurs aussi sur des données historiques qui ne sont plus actuelles. Le niveau des taux d'intérêt a connu des changements considérables au cours dernières décennies, et les explications fournies par le Bundesverband deutscher Banken au sujet de l'inflation et des perspectives d'inflation ne sont guère compréhensibles dans ce contexte.

(109) En outre, on ne peut comparer la rémunération convenue pendant la durée de l'apport tacite qu'avec le rendement du capital social tel qu'il évolue au cours du temps et non pas, par exemple, avec le rendement du capital social de l'entreprise au moment de l'investissement. Personne n'aurait pu garantir à un propriétaire de la banque un rendement des capitaux propres au niveau de fin 1998, en éliminant ainsi tout le risque des variations de rendement.

(110) Les commentaires formulés par le Bundesverband deutscher Banken quant au niveau de la déduction des frais de refinancement ne sont guère compréhensibles. De plus, les frais de refinancement nets ne peuvent être pris en considération que si l'on déduit des rémunérations, retenues aux fins de la comparaison, que les établissements de crédit paient pour des apports tacites comparables acquis sur le marché des capitaux, le taux de pression fiscale théorique ou réel de ces établissements. S'agissant des apports issus du marché des capitaux, seule la majoration de la rémunération est communiquée régulièrement et non pas la rémunération globale, cette majoration étant identique à la rémunération de la garantie dans le cas des instruments à taux d'intérêt variable et des apports en nature. Une comparaison directe entre la rémunération de l'apport tacite du Land de Hesse et les rémunérations pratiquées sur le marché est dès lors possible. Il est donc superflu de passer par une rémunération globale hypothétique d'un apport en numéraire hypothétique, dont il faut ensuite déduire les frais de refinancement; cela accroît en outre considérablement l'incertitude de l'évaluation quantitative, étant donné qu'il faut alors introduire des éléments d'évaluation à différents niveaux.

(111) Contrairement à ce que prétend le Bundesverband deutscher Banken, des majorations de la rémunération ne se justifient pas. Empiriquement, rien ne prouve en effet qu'un apport particulièrement important bénéficie d'une majoration sur le marché. Les emprunts comparables d'établissements de crédit privés ne permettent pas de mettre en évidence l'existence d'un lien entre le montant et la rémunération. Le Land a dû au contraire consentir au système progressif convenu, car la Helaba n'était pas encore fixée quant à l'utilisation du fonds spécial non scindé. Sur le marché, aucun investisseur n'aurait pu prétendre à une rémunération immédiate pour le montant global, et encore moins à une majoration.

(112) De plus, l'argument selon lequel le fait de renoncer aux droits de vote dans le cadre d'investissements dans le capital social doit être compensé par une rémunération supplémentaire ne saurait s'appliquer à la société tacite. La législation ne confère pas de droit de vote à l'associé tacite, et le marché lui non plus n'honore pas cette «renonciation» à la possibilité d'exercer une influence.

(113) Il est vrai qu'en principe, sur le marché, il est possible pour un investisseur de compenser l'absence de fongibilité de son investissement par un rendement supérieur. C'est ainsi que la fongibilité insuffisante de l'apport tacite du Land par rapport aux titres participatifs a également été prise en considération dans le cadre des réflexions menées avant l'opération. De la même façon, les parties ont tenu compte du caractère permanent de l'apport en décidant d'appliquer une majoration du rendement de 0,2 % par an. Un investisseur privé aurait tenu compte du fait qu'en l'espèce, l'apport portait non pas sur des liquidités, mais sur un fonds spécial substantiel, non scindé, réservé à une affectation précise, et qui devait être transféré exclusivement sous forme d'apport en nature. Lorsque le Bundesverband deutscher Banken fait valoir qu'il n'existe quasiment pas de marché pour un tel investissement, cela concerne le réinvestissement (fongibilité), au même titre que l'investissement initial. Au vu de ces éléments, il est peu probable qu'un investisseur privé exigerait une rémunération supérieure à celle de 0,2 % par an convenue au titre de la permanence, ni même qu'il l'obtiendrait. À ce sujet, le Bundesverband deutscher Banken n'apporte pas non plus d'autres informations ou justifications.

(114) Dans le cadre de la comparaison avec le marché, il importe de tenir compte, contrairement à ce que pense le Bundesverband deutscher Banken, de l'impact de la taxe professionnelle. Les apports tacites dans des établissements de crédit sont en principe effectués par des investisseurs institutionnels qui doivent s'acquitter eux-mêmes de la taxe professionnelle sur la rémunération perçue. Le Land est en revanche exonéré de la taxe professionnelle et se satisferait dès lors d'une rémunération correspondante plus faible. Il

découle de cette exonération fiscale du Land une obligation de paiement de la banque qui doit, elle, s'acquitter de la taxe professionnelle. Il importe peu de savoir si c'est le Land ou la commune qui la percevra, ou si la taxe professionnelle se calcule sur le revenu imposable — en général du bénéficiaire de la rémunération, mais en l'espèce de la banque —, tant que la banque perçoit un quelconque revenu. Par contre, en cas de pertes, elle ne paie ni la taxe professionnelle ni la rémunération pour l'apport.

(115) Contrairement à ce que laisse entendre le Bundesverband deutscher Banken, la Helaba ne se paie pas de rémunération à elle-même. Conformément à la décision du Land de Hesse, le bénéfice après impôt ne doit pas être transféré du fonds spécial vers le budget général, car il est également soumis à l'affectation précise convenue, et doit être utilisé pour garantir des activités de promotion du logement. Cette question concerne la nature de l'utilisation des ressources versées au Land par la Helaba.

VI. APPRÉCIATION DE LA MESURE

1. *AIDE D'ÉTAT AU SENS DE L'ARTICLE 87, PARAGRAPHE 1, DU TRAITÉ CE*

(116) Conformément à l'article 87, paragraphe 1, du traité CE, sauf dérogations prévues par ledit traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

1.1. RESSOURCES D'ÉTAT

(117) Avec l'apport tacite, le Land de Hesse a opté pour une méthode d'injection de capital dont le principe consiste à transférer un fonds de promotion public à la Helaba afin de renforcer sa base fonds propres, mais également afin de dégager des recettes supplémentaires pour le Land de Hesse. Indépendamment du fait que les remboursement relatifs à ces créances continuent d'être à la disposition du fonds et servent ainsi l'intérêt général, le fonds est reconnu sur le plan prudentiel et peut dès lors servir de garantie à la Helaba pour concurrencer d'autres établissements de crédit. Il ressort de ce qui précède que des ressources d'État ont été transférées à la Helaba.

1.2. AIDES FAVORISANT UNE ENTREPRISE

(118) Pour vérifier si la cession de ressources d'État à une entreprise du secteur public favorise cette entreprise et peut donc constituer une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE, la Commission applique le principe de «l'investisseur opérant dans une économie de marché». Ce principe a été admis et développé par la Cour de justice et le Tribunal de première instance dans le cadre de plusieurs affaires, notamment dans l'arrêt WestLB pertinent en l'espèce ([16]).

([16]) Arrêt dans les affaires jointes T-228/99 et T-233/99.

a) *Le principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché*

(119) Conformément à ce principe, l'entreprise n'est pas considérée comme ayant été favorisée lorsque des ressources sont mises à la disposition de celle-ci dans des «conditions auxquelles un investisseur privé jugerait acceptable de mettre des ressources à la disposition d'une entreprise privée quand il opère dans les conditions normales d'une économie de marché» ([17]). Par contre, on considère que l'entreprise a été favorisée au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE, lorsque le système de rémunération convenu et/ou la situation financière de l'entreprise sont tels qu'il ne paraît pas justifié d'escompter un rendement normal des capitaux investis dans un délai raisonnable.

(120) Le principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché s'applique de la même manière à toutes les entreprises publiques, qu'elles soient rentables ou pas. Dans l'arrêt WestLB, le Tribunal de première instance a confirmé cette position défendue par la Commission ([18]).

(121) En conséquence, l'essentiel consiste à vérifier ici si un investisseur opérant dans une économie de marché aurait injecté dans la Helaba un capital ayant les mêmes caractéristiques que le fonds de promotion du Land de Hesse, aux mêmes conditions, en particulier compte tenu du rendement prévu sur ce capital.

b) *Appréciation du capital injecté d'un point de vue juridique et économique*

(122) Le 31 décembre 1998, le Land de Hesse a injecté dans la Helaba un fonds de promotion du logement social, sous forme d'un apport tacite, comportant un portefeuille nominal de prêts de 6,026 milliards de DEM (3,081 milliards d'euros) pour la part du Land et d'une valeur actualisée évaluée par expertise à 2,473 milliards de DEM (1,264 milliard d'euros). Le BAKred a intégralement reconnu cet apport, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, comme fonds propres de base en vertu des règles prudentielles. Seule une petite partie de l'apport, dont le montant évoluait annuellement, était nécessaire pour garantir les activités d'aide au logement. Cette partie de l'apport tacite inscrit au bilan ne jouait qu'un rôle de garantie pour la Helaba. La Helaba disposait de la majeure partie du solde pour consolider ou étendre ses activités commerciales.

(123) Conformément à la procédure qu'elle a adoptée dans l'affaire WestLB, la Commission a déterminé la rémunération appropriée pour le fonds d'aide transféré en se basant sur son utilité commerciale pour la Helaba. Comme

([17]) Communication de la Commission aux États membres: application des articles 92 et 93 du traité CE et de l'article 5 de la directive 80/723/CEE de la Commission aux entreprises publiques du secteur manufacturier, JO C 307 du 13.11.1993, p. 3, point 11. Cette communication traite du secteur manufacturier, mais s'applique sans aucun doute de la même manière à tous les autres secteurs économiques. En ce qui concerne les services financiers, ce principe a été confirmée par une série de décisions de la Commission, par exemple dans les affaires Crédit Lyonnais (JO L 221 du 8.8.1998, p. 28) et GAN (JO L 78 du 16.3.1998, p. 1).

([18]) Arrêt WestLB, points 206 et suivants.

expliqué plus haut, le point de départ pour la rémunération conforme au marché est, en l'espèce, la rémunération qu'exigerait un investisseur opérant dans une économie de marché qui mettrait à la disposition d'une banque des fonds propres de ce type.

(124) Le plaignant fait valoir à cet égard que le capital mis à la disposition de la Helaba constitue, tout comme le transfert du capital de la WfA à la WestLB, un investissement assimilable à un investissement dans le capital social. Or, le gouvernement allemand conteste cette assimilation à un investissement dans le capital social. Il estime qu'il s'agit plutôt d'un apport tacite, ce qui a un impact sur la rémunération.

(125) Le gouvernement allemand, la Helaba et le plaignant s'accordent à dire que le fonds de promotion qui constitue l'apport tacite du Land de Hesse représente des fonds propres de base. La réserve spéciale a été reconnue par le BAKred comme fonds propres de base (capital de «première catégorie») et elle n'est donc comparable qu'aux instruments de capitaux propres qui étaient reconnus comme fonds propres de base l'année de la cession des actifs et qui étaient concrètement à la disposition de la Helaba au moment de la cession des actifs pour un investissement de cet ordre de grandeur, c'est-à-dire nettement supérieur à 15 % des fonds propres de base.

(126) La Commission partage à cet égard l'opinion des parties à la procédure. Dans sa décision dans l'affaire WestLB de 1999 déjà, elle avait relevé qu'une comparaison du fonds de la Wfa, également reconnu comme fonds propres de base, avec des instruments de capitaux propres uniquement utilisables en tant que fonds propres complémentaires, comme par exemple des titres participatifs et des actions privilégiées sans droit de vote, ne saurait servir de base pour le calcul de la rémunération appropriée du capital transféré (décision 2000/392/CE, considérant 199). Les fonds propres de base sont d'une grande utilité à l'entreprise, car ils lui permettent de se procurer, à concurrence du même montant, des fonds propres complémentaires (par exemple des titres participatifs) servant à renforcer sa dotation en fonds propres. La reconnaissance comme fonds propres de base implique une exposition au risque plus élevée du capital mis à disposition, qui se traduit en principe par une rémunération conforme au marché supérieure. Toute assimilation à des capitaux complémentaires, dont l'utilisation à des fins d'expansion des activités est limitée, est donc a priori exclue.

(127) D'après le Bundesverband deutscher Banken, la seule forme juridique dont la Helaba pouvait disposer, pour cet investissement, était le capital-actions ou le capital social. L'Allemagne considère en outre qu'une autre forme juridique était possible, à savoir l'apport tacite à durée indéterminée *(perpetual)* répondant aux exigences de l'article 10, paragraphe 4, du KWG, ainsi qu'aux critères de la déclaration de Sidney du comité de Bâle sur le contrôle bancaire de la Banque des règlements internationaux, sur lesquels est fondée la pratique décisionnelle de le BAKred, l'autorité de surveillance bancaire allemande. La forme juridique retenue dans l'accord entre le Land de Hesse et la Helaba était donc un apport tacite sans limitation dans le temps, reconnu comme tel à la fois par le BAKred et l'administration fiscale compétente.

(128) Selon la Commission, le gouvernement allemand a démontré à suffisance le manque de pertinence des arguments avancés par la Bundesverband deutscher Banken. En effet, le Bundesverband deutscher Banken prétend que l'apport tacite du Land de Hesse constitue un détournement de la forme «normale» d'un apport tacite. Au plan économique, l'apport tacite présente de telles similitudes avec le capital social, qu'un investisseur exigerait un taux correspondant à la rémunération d'un capital social.

(129) La Commission observe tout d'abord que l'apport tacite a été expressément convenu comme tel par le Land Hessen et la Helaba, et a été également reconnu comme tel par les autorités allemandes compétentes. Pour pourvoir considérer qu'il y a détournement de la forme juridique, il devrait être établi sans conteste que les autorités compétentes allemandes ont reconnu à tort l'apport tacite du Land de Hesse comme tel. Or, rien ne le laisse supposer. La Commission partage la position défendue par l'Allemagne, qui considère que ni la durée déterminée ni la possibilité de résiliation d'un apport tacite n'est déterminante pour la reconnaissance d'un apport tacite comme fonds propres de base au sens de l'article 10, paragraphe 4, du KWG. Par ailleurs, la Commission interprète la déclaration de Sidney d'octobre 1998 du comité de Bâle sur le contrôle bancaire en ce sens que celle-ci n'impose qu'un plafond de 15 % pour la reconnaissance comme fonds propres de base de certains instruments innovants, notamment ceux dont la durée est déterminée. Il ne faut pas en déduire pour autant qu'à l'inverse, les instruments innovants à caractère permanent ne peuvent pas du tout être reconnus comme fonds propres de base ou peuvent également tomber sous le coup de l'application de ce plafond. Du reste, la pratique des banques privées elles aussi a montré, ces dernières années, qu'il était possible d'utiliser des instruments innovants permanents comme fonds propres de base au-delà du plafond de 15 %, comme l'Allemagne l'a amplement démontré.

(130) La Commission considère que les critères sélectifs utilisés par le Bundesverband deutscher Banken manquent eux aussi de pertinence. Sous l'angle de l'analyse du risque, l'apport tacite du Land de Hesse s'apparente plus à un apport tacite «normal» qu'à un investissement dans le capital social. La Commission se rallie ici aussi aux observations formulées par l'Allemagne.

(131) Pour la Commission, il est à cet égard déterminant que l'apport tacite du Land de Hesse, tout comme d'autres apports tacites «normaux», c'est-à-dire à durée déterminée, acquis sur le marché des capitaux, soit remboursé avant le capital social en cas de faillite, et que l'investisseur bénéficie de la provision accordée aux créanciers dans la masse, alors que dans le cas d'un investissement dans le capital social, il n'en bénéficie pas. L'Allemagne a expliqué, avis juridique à l'appui, que conformément aux dispositions contractuelles, en cas de faillite ou de liquidation pendant la durée du contrat, et dans la mesure où il n'a pas été réduit ou absorbé par les pertes, l'apport tacite du Land de Hesse sera remboursé prioritairement, sur un avoir restant éventuel, avant le capital social.

(132) De plus, tant que l'entreprise ne subit pas de pertes, le Land de Hesse et l'investisseur d'un apport tacite à durée

déterminée reçoivent tous deux l'intégralité de la rémunération convenue, tandis que dans le cas d'un investissement dans le capital social, un investisseur n'a droit qu'au paiement d'un dividende proportionnel au bénéfice. En ce sens aussi, l'apport tacite du Land de Hesse est un apport tacite caractéristique au sens de l'article 10, paragraphe 4, du KWG.

(133) L'argument avancé par le Bundesverband deutscher Banken selon lequel l'apport tacite est assimilable à un investissement dans le capital social au seul motif qu'il entraîne à long terme une augmentation de près de 50 % des fonds propres de base de la Helaba, est lui aussi peu convaincant. À cet égard, il convient de mentionner le système d'échelonnement convenu entre le Land de Hesse et la Helaba, selon lequel la Helaba ne pouvait, de 1999 à 2002, selon ses besoins effectifs en capitaux, utiliser, pour ses activités principales, qu'une part annuelle progressive des fonds propres de base utilisables. Par ailleurs, la Commission souligne à cet égard que, dans le cas de la WestLB, l'importance du volume du capital injecté constituait un indice, mais non le seul élément déterminant, pour permettre une assimilation à du capital social. Dans la décision 2000/392/CE de la Commission («WestLB»), de même que dans la nouvelle décision du 20 octobre 2004, la Commission est arrivée à la conclusion, après avoir examiné tous les éléments pertinents, que la similitude de l'opération en cause avec un investissement dans le capital social l'emportait. Un aspect essentiel a été, à cet égard, que les capitaux de la WfA, à l'instar d'un capital social, étaient exposés au risque de perte, en cas de faillite ou de liquidation. Au reste, la Commission a également pris en considération, dans le cas de la WestLB, le fait qu'au moment de l'apport des capitaux de la WfA en 1991 — contrairement à ce qui s'est produit au moment du transfert de l'apport tacite du Land de Hesse dans la Helaba en 1998 —, le marché des instruments de capitaux propres hybrides n'était pas encore développé en Allemagne et qu'un établissement de crédit tel que la WestLB n'aurait pu se procurer un volume de capitaux propres de base du même ordre sur le marché que sous forme de capital social. En l'espèce, la Helaba aurait pu sans problèmes couvrir ses besoins estimés en capitaux, pour la période 1998 à 2002, en se procurant des capitaux sous formes d'apports tacites de plus petit volume, échelonnés dans le temps, auprès de différents investisseurs institutionnels sur le marché.

(134) Le Bundesverband deutscher Banken fait également observer qu'avec l'apport tacite du Land de Hesse, la marge de capital social de la Helaba ne s'élevait plus qu'à environ 50 %, tandis que dans le cas des établissements de crédit privés, la part des instruments hybrides dans les fonds propres de base était inférieure à 20 %, et la marge de capital social s'élevait donc à plus de 80 %. Un investisseur institutionnel n'aurait pas été enclin, à en croire le Bundesverband deutscher Banken, dans le contexte d'une part aussi élevée de fonds propres de base de la Helaba, à fournir un tel apport. L'Allemagne a confirmé que la part de l'apport tacite dans les fonds propres de base représentait […] % en 2003, c'est-à-dire une fois le dernier palier du système progressif atteint, et que la part de l'ensemble des apports tacites (c'est-à-dire pas seulement de l'apport tacite du Land de Hesse) était de […] % pour la même année. Néanmoins, du point de vue de la Commission, il ne faut pas en conclure nécessairement qu'un investisseur institutionnel n'aurait pas négocié un tel apport tacite du seul fait qu'il représente une part élevée de la totalité des fonds propres. L'Allemagne a pu montrer qu'en général, les banques régionales recouraient plus fréquemment aux apports tacites au-delà du plafond de 15 % pour se procurer des fonds propres de base, et ce principalement auprès de leurs garants, mais également d'investisseurs tiers. Ainsi, la part des apports tacites, selon les informations fournies par l'Allemagne, s'élevait en 2003 à 72 % pour la […] ([i]), à 39 % pour la […] ([ii]), à 33 % pour la […] ([iii]), à de 39 % pour la […] ([iv]) et à 42 % pour la […] ([v]) ([19]). Les raisons qui expliquent cette part importante des instruments hybrides résident dans le fait qu'il est interdit aux banques régionales, en tant qu'établissements de droit public, de se procurer des capitaux sur les marchés boursiers. Par ailleurs, il apparaît que les investisseurs sont plus disposés à s'accommoder d'une marge de capital social moindre dans le cas des banques régionales, étant donné que leur capital est globalement moins exposé aux risques, en raison de l'orientation différente de leurs activités et donc de la structure de risques moindre qui en découle. Au moins dans le cas de la Helaba qui, même au sein du groupe des banques régionales mentionnées, est à considérer comme un établissement de crédit présentant comparativement peu de risques, la Commission ne peut pas exclure que malgré une marge de capital social d'environ (seulement) 50 %, un investisseur institutionnel aurait effectué un investissement similaire sous forme d'apport tacite dans la Helaba.

(135) La Commission a en outre examiné de façon approfondie dans quelle mesure la permanence de l'apport, c'est-à-dire sa durée indéterminée et l'impossibilité pour le Land de Hesse de le résilier, influait sur l'analyse du risque à réaliser.

(136) Le Bundesverband deutscher Banken indique à ce propos qu'il n'existe pas d'instruments hybrides sans limitation dans le temps sur le marché des capitaux. Il estime que les investisseurs institutionnels ne sont en principe intéressés que par des instruments de capitaux propres hybrides à terme fixe ou par des instruments dont on peut supposer qu'ils sont récupérables, car le taux de distribution augmente progressivement («step-up») ou l'instrument est converti en une autre forme d'investissement à un moment déterminé. À cet égard, les clauses «step-up» inciteraient fortement le débiteur (émetteur) à rembourser les participations sans droit de vote. Grâce à la clause «step-up», un «perpetual» devient de fait un instrument à terme fixe. Au reste, seuls les investisseurs privés auraient en général recours aux instruments de capitaux propres innovants.

(137) L'Allemagne et la Helaba affirment pour leur part que, même dans le cas des «perpetuals» avec «step-up», les investisseurs doivent s'attendre à ce que, contre toute attente, à la prise d'effet de la clause «step-up», il ne soit pas

([i]) Informations confidentielles pour la banque désignée ici comme «Banque I».

([ii]) Informations confidentielles pour la banque désignée ici comme «Banque II».

([iii]) Informations confidentielles pour la banque désignée ici comme «Banque III».

([iv]) Informations confidentielles pour la banque désignée ici comme «Banque IV».

([v]) Informations confidentielles pour la banque désignée ici comme «Banque V».

([19]) Communication du gouvernement fédéral du 1er octobre 2004, p. 16.

procédé au remboursement dans le «délai prévu» et que dès lors, il existe un risque de permanence, et ce premièrement, parce que seul le débiteur (émetteur) possède un «droit de résiliation», deuxièmement, parce que la situation économique de l'émetteur à la prise d'effet de la clause «step-up» est déterminante pour le remboursement dans le délai prévu et troisièmement, parce que l'autorité de contrôle doit donner son accord à la résiliation et qu'elle ne le donne que dans la mesure où le débiteur dispose d'une dotation prudentielle confortable en fonds propres au moment de la résiliation ou négocie une transaction de remplacement sur le marché. Par ailleurs, d'autres exemples montrent que même les investisseurs institutionnels négocient des instruments hybrides à durée indéterminée et sans clause «step-up». L'Allemagne a fait référence à un emprunt subordonné et à durée indéterminée d'Air Canada de 1987 qui, comme a pu s'en convaincre la Commission, ne prévoit effectivement pas de clause step-up. L'Allemagne a également fait valoir que l'existence de droits de résiliation entrait certes en ligne de compte pour les prix, mais que la fourchette de rémunération restait peu étendue.

(138) Dans le cadre de l'évaluation de la situation en l'espèce, la Commission considère que l'élément déterminant est que la permanence de l'apport implique en l'occurrence tout d'abord que l'investisseur coure le risque de ne pas pouvoir profiter des hausses de rendement sur le marché, car il n'a pas la possibilité de résilier ou de compter sur la clause «step-up». En revanche, le caractère permanent n'affecte pas le risque de pertes en cas de faillite ou de liquidation. Dans ce contexte et compte tenu de la description du marché réalisée par l'Allemagne, la Commission considère dès lors que la durée indéterminée de l'apport ne justifie en rien que le produit de référence «apport tacite» soit transformé en «investissement dans le capital social». Cependant, la Commission doit encore examiner plus avant si une majoration de la rémunération des apports tacites conforme au marché s'impose au titre de la permanence.

(139) En tout état de cause, il convient de conclure que, dans le cas de la Helaba, l'injection de capital avait incontestablement la forme juridique d'un apport tacite qui s'apparente nettement plus à d'autres apports tacites qu'à un investissement dans le capital social. Les éléments dont dispose la Commission sont également insuffisants pour lui permettre de conclure qu'un apport de capital qui représenterait en réalité un investissement dans le capital social a été abusivement qualifié d'apport tacite. La rémunération de l'instrument de capital litigieux doit par conséquent se baser sur celle des apports tacites «normaux», c'est-à-dire des apports tacites à durée déterminée dont le volume correspond à ce qui peut être observé sur le marché et dont la rémunération peut éventuellement faire l'objet d'une majoration. Les observations du Bundesverband deutscher Banken concernant l'adéquation de la rémunération du capital social sont donc sans objet.

c) ***Détermination de la base de capital pertinente pour la rémunération***

Base de capital de référence

(140) Pour déterminer la base de capital à rémunérer, la Commission établit une distinction entre la fonction dite d'expansion des activités et la (simple) fonction dite de garantie du fonds de promotion mis à disposition comme fonds propres de base pour les activités commerciales de l'établissement de crédit.

(141) Par «fonction d'expansion des activités» du capital, il faut entendre l'expansion du potentiel commercial grâce à des actifs à risques, à la suite de la reconnaissance prudentielle de fonds propres de base supplémentaires d'une banque. L'élément de référence pour une rémunération conforme au marché correspond ainsi à la rémunération qu'un investisseur privé mettant des fonds propres à la disposition d'une banque exigerait dans la même situation. Si le capital mis à disposition est certes inscrit au bilan comme fonds propres, mais s'il n'a pas été reconnu comme tels en vertu des règles prudentielles ou s'il est destiné à couvrir des activités de promotion ou encore si, pour d'autres raisons, il n'est pas utilisable pour garantir des activités commerciales, il ne peut servir à l'expansion des activités. Toutefois, le capital ne doit pas être considéré uniquement sous l'angle prudentiel. Étant donné qu'il est au moins à la disposition des créanciers à des fins de garantie («fonction de garantie»), sa fonction économique est dès lors comparable à celle d'une caution ou d'une garantie. En effet, l'importance des fonds propres figurant au bilan constitue un indicateur de solidité pour les investisseurs et peut ainsi influencer les conditions auxquelles une banque peut se procurer des capitaux à l'extérieur. La rémunération conforme au marché de la «fonction de garantie» se base sur la rémunération qu'aurait exigée, dans la même situation, un investisseur dont la taille et le profil de risque sont comparables à ceux de la Helaba.

(142) C'est pourquoi il faut, pour calculer la rémunération, diviser l'intégralité de l'apport tacite reconnu comme fonds propres en deux parties distinctes qui serviront de bases de calcul. La base de capital à la disposition de la Helaba pour garantir des activités commerciales est à rémunérer comme l'aurait raisonnablement exigé, dans la même situation, un investisseur opérant dans une économie de marché pour un apport tacite répondant aux mêmes caractéristiques. La base de capital qui n'est pas destinée aux activités commerciales de la Helaba est à rémunérer comme l'aurait raisonnablement exigé, dans la même situation, un investisseur opérant dans une économie de marché.

Base de capital à la disposition de la Helaba pour garantir des activités commerciales

(143) La Commission estime en principe que la détermination de la rémunération appropriée ne peut dépendre du degré d'utilisation effectif du capital mis à disposition. À cet égard, le seul élément déterminant est la possibilité d'utilisation du capital à des fins d'expansion des activités. Un investisseur privé ne pourrait, lui non plus, se satisfaire d'une rémunération qui dépende de l'utilisation. En ce sens, la Commission partage en principe l'avis du Bundesverband deutscher Banken, qui a indiqué qu'il importait peu à un investisseur opérant dans une économie de marché, qui assume donc le risque de perdre son apport, de savoir si l'établissement de crédit utilise effectivement le capital apporté à des fins d'expansion des activités. Le Bundesverband deutscher Banken précise, en principe à juste titre, que pour l'investisseur opérant dans une économie de marché, l'élément déterminant est qu'il ne peut plus gérer lui-même le montant apporté et qu'il ne peut donc plus recevoir les rendements correspondants. Afin de mieux illustrer la situation, on peut citer l'exemple de la location d'un

appartement: une personne qui loue un appartement exigera le paiement d'un loyer même si le locataire, pour une raison ou pour une autre, ne vit pas dans l'appartement, car avec cette location, il se prive de la possibilité de louer à d'autres personnes et, au demeurant, il n'a aucun moyen de contrôle sur le lieu de résidence du locataire. L'objet du bail locatif est donc la possibilité d'utilisation de cet appartement.

(144) La Commission prend tout d'abord acte du fait que la base de capital à rémunérer selon les termes convenus, qui a été mise à la disposition de la Helaba pour garantir des activités commerciales, ne dépend pas de l'utilisation effective de ce capital, mais uniquement de la possibilité de l'utiliser pour garantir des activités commerciales. En conséquence, ce principe rejoint les critères exposés ci-dessus par la Commission.

(145) Toutefois, le Land de Hesse et la Helaba ont convenu du système progressif décrit ci-dessus. Selon ce système, au 31 décembre 1998 déjà, la valeur actualisée de l'intégralité du fonds de promotion a été inscrite au bilan, afin d'éviter la scission du fonds d'aide. Celui-ci était donc dès le départ en grande partie, c'est-à-dire à l'exception de la partie nécessaire à la consolidation des activités de promotion, utilisable de facto pour garantir les activités commerciales de la banque. Toutefois, la Helaba a dès l'abord précisé au Land que, conformément à son plan d'activité, elle n'en aurait besoin, pour garantir ses activités commerciales, que dans la limite du montant prévu pour les phases successives finalement convenues. En revanche, au niveau de l'échelon lui-même, c'est le potentiel d'utilisation du capital qui entrait en ligne de compte, c'est-à-dire que la rémunération ne dépendait pas de l'utilisation effective. Grâce à ce plan d'utilisation bien établi, la base de capital à rémunérer était parfaitement prévisible pour le Land de Hesse, et ce dès le départ. C'est précisément pourquoi le Land de Hesse n'a pas laissé l'utilisation à l'appréciation commerciale de la banque, mais a accepté ce système en réponse au souhait compréhensible de la Helaba.

(146) La Commission considère ce système comme compatible avec le comportement d'un investisseur opérant dans une économie de marché qui, dans la situation du Land de Hesse, n'aurait certainement pas non plus réussi à imposer une augmentation plus rapide de la base de capital à rémunérer, étant donné que la Helaba n'y aurait pas consenti eu égard à son plan d'activité. Ainsi, la Commission considère que de 1999 à 2002, seuls les montants des différentes phases prévues sont à rémunérer et que le montant intégral de l'apport tacite utilisable pour garantir des activités commerciales n'est à rémunérer qu'à partir de 2003, comme l'aurait imposé, dans la même situation, un investisseur opérant dans une économie de marché pour un apport tacite répondant aux mêmes caractéristiques.

Base de capital inscrite au bilan mais non utilisable dans le cadre des activités commerciales de la Helaba

(147) Comme indiqué ci-dessus, le montant de l'apport tacite non utilisable pour garantir des activités commerciales a été inscrit au bilan de la Helaba au 31 décembre 1998. L'intégralité du montant faisait partie des fonds propres de garantie et était par conséquent à la disposition des créanciers de la banque comme garantie, et ce dès le départ. Potentiellement du moins, cette situation présente un avantage pour la banque, car l'importance des fonds propres figurant au bilan constitue un indicateur de solidité pour les investisseurs et influence ainsi les conditions auxquelles une banque peut se procurer des capitaux à l'extérieur.

(148) L'Allemagne objecte que le fait que la Helaba ait inscrit l'apport tacite au bilan dans son intégralité, soit 1 264,4 millions d'euros, immédiatement après son transfert n'a pas amélioré la solvabilité de la banque. Depuis le milieu des années 1980, la Helaba, pour ce qui est de la notation de la solvabilité à long terme, qui est celle qui intéresse les créanciers de la banque, a obtenu la note maximale AAA/Aaa, les principaux critères à l'origine de cette notation étant les régimes de garantie existants, comme l'obligation de maintien en activité et l'obligation de garantie incombant aux pouvoirs publics et, de ce fait, la solvabilité des garants. L'inscription de l'apport tacite n'a pu en rien améliorer cette solvabilité exceptionnelle, attestée par la note maximale ([20]).

(149) En réponse à une autre demande de complément d'informations de la Commission, l'Allemagne avance que, même à la lumière des notes de solidité financière attribuées à la Helaba par l'agence de notation Moody's Investors' Service et des «notes intrinsèques» attribuées par l'agence Fitch au cours de la période pertinente, aucun impact de l'apport tacite sur le classement relatif à la solidité financière de la Helaba n'a été observé. Ces deux types de notation reposent exclusivement et directement sur la rentabilité de l'établissement concerné, la qualité de sa gestion, sa position sur le marché ainsi que sa dotation en fonds propres, et ne tiennent compte ni des garanties de l'État existantes, en l'occurrence l'obligation de maintien en activité et l'obligation de garantie, ni de la structure de propriété ([21]). Les deux notes sont restées inchangées entre 1997 et 2000, malgré le transfert de l'apport tacite fin 1998 (Moody's: C+; Fitch: B/C); elles ont commencé à se dégrader à partir de 2001 (Moody's: C+ (nég.) ou C (nég.); Fitch: C). Selon l'Allemagne, cela prouve que l'apport tacite n'a pas eu d'impact sur la solvabilité de la Helaba, et ce indépendamment des garanties d'État existantes ([22]).

([20]) Réponse de l'Allemagne du 23 juin 2004, p. 12.

([21]) Réponse de l'Allemagne du 23 juin 2004, p. 12, annexe 29/2004, Fitch Ratings: Bank Rating Methodology: mai 2004, p. 12: «*Principal considerations are profitability, balance sheet integrity (including capitalisation), franchise, management, operating environment, consistency, as well as size (in terms of a bank's equity capital)*».

([22]) Comme indiqué, cette situation est due au fait que les normes prudentielles minimales applicables aux ratios de fonds propres (ratio de fonds propres de base de 4 %, ratio de fonds propres de 8 %) ont été nettement dépassées au cours de la période pertinente; la situation de Helaba est donc très différente de celle de la WestLB. Ainsi, en 1997, c'est-à-dire avant le transfert, conformément au premier principe de l'article 10 bis du KWG, le ratio de fonds propres de base était de 4,8 % pour le groupe Helaba et de 5 % pour la Helaba en tant qu'établissement individuel. En vertu des principes de la banque des règlements internationaux, le ratio de fonds propres de base (Tier I) était en 1997 de 5,4 %. Le ratio de fonds propres était en 1997 de 8,9 % ou 9,6 % pour le groupe et de 9,2 % pour l'établissement individuel. Même dans le contexte des perspectives de croissance des activités de la Helaba pour les années à venir, l'apport de fonds propres de base pour un montant de 1 264,4 millions d'euros ne répondait pas à un besoin immédiat.

(150) En définitive, la Commission ne peut se rallier à l'argumentation de l'Allemagne. Les observations formulées par l'Allemagne sur la notation de la solidité financière et la notation intrinsèque montrent au contraire que la dotation en capitaux propres d'un établissement financier constitue justement un aspect essentiel pour la qualité d'une notation, et par là même, pour la solvabilité. D'un point de vue ex-ante, c'est-à-dire au moment de l'accord sur l'apport tacite entre le Land de Hesse et la Helaba, les deux parties au contrat devaient se douter que l'inscription de fonds propres de base d'un montant de quelque 1,2 milliard d'euros était de nature à améliorer la solvabilité de la banque. Les notations sur la capacité financière attribuées par les agences de notation Moody's et Fitch auxquelles se réfère l'Allemagne montrent justement qu'une amélioration était encore tout à fait possible, puisque le niveau le plus élevé était encore loin d'être atteint. Le fait qu'aucun changement dans les notations relatives à la solidité financière n'ait été observé ex-post, ne signifie pas pour autant qu'il n'y ait pas eu d'impact positif sur ces notations. En effet, il se peut qu'une influence positive due à l'augmentation considérable de la base de fonds propres ait justement permis d'éviter que les notations relatives à la solidité financière n'aient peut-être baissé pour d'autres raisons, ou n'aient baissé plus rapidement que ce n'a été le cas, c'est-à-dire à partir de 2001.

(151) Dans le cadre de l'appréciation de l'influence potentielle d'une mesure, à évaluer ex-ante, sur la solvabilité d'une banque et/ou sur ses futures conditions de financement, la Commission accorde une portée propre à la note sur la solidité financière d'une banque régionale, en plus de la notation à long terme effectuée sur la base des garanties d'État existantes, comme l'obligation de maintien en activité et l'obligation de garantie.

(152) En ce qui concerne le futur apport de capitaux extérieurs, vu sous l'angle de l'année 1998, la Helaba a certes obtenu en 1998, et au cours des années suivantes, la note maximale (AAA/Aaa), compte tenu de l'existence de l'obligation de maintien en activité et de l'obligation de garantie. D'après les informations dont dispose la Commission et comme le souligne l'Allemagne elle-même, les frais de refinancement effectifs d'une banque connaissent des variations ou fluctuations intrinsèques ainsi que par rapport à d'autres banques ayant obtenu la même notation, à l'intérieur d'une certaine fourchette pour une catégorie de notation donnée. En d'autres termes, il n'est pas possible, à partir d'une notation particulière à long terme, en l'espèce AAA/Aaa, de déterminer quel sera le montant précis et définitif, sans variation dans la durée, des frais de refinancement particuliers pour toutes les banques ayant obtenu la même note. Il découle de cette constatation empirique que d'autres facteurs jouent aussi un rôle, comme par exemple la solidité financière de la Helaba par rapport à celle d'autres banques régionales ayant obtenu la même notation à long terme en raison de l'obligation de maintien en activité et de l'obligation de garantie. Plus la solidité financière de la Helaba est élevée, meilleures seront ses chances, au sein de la catégorie de notation AAA/Aaa, de se retrouver, lors de négociations concrètes sur des conditions de refinancement, du côté le plus avantageux pour elle de la fourchette des conditions de refinancement AAA/Aaa observées sur le marché. Par ailleurs, elle devient moins dépendante de la notation des garants, ce qui signifie qu'en cas d'un abaissement éventuel de leur notation, que l'on ne peut exclure a priori, la Helaba pourrait se prévaloir de sa solidité financière individuelle pour défendre des conditions de refinancement avantageuses.

(153) En ce qui concerne le futur apport d'autres fonds propres considéré du point de vue de l'année 1998, qui a effectivement eu lieu en 2001 sous la forme d'autres apports tacites, une marge de capital plus élevée portée au bilan réduit le risque de perte de ces nouveaux fonds propres en cas de faillite, à condition que les nouveaux et les anciens fonds propres aient une fonction de garantie similaire. L'Allemagne a indiqué que cette fonction de garantie similaire s'appliquait systématiquement dans le cas des apports tacites. On ne pouvait donc exclure qu'en 1998, les nouveaux investisseurs auraient exigé, dans certaines circonstances, que ce soit le cas.

(154) En réponse à une demande d'informations de la Commission, l'Allemagne a indiqué que les apports tacites au sens de l'article 10, paragraphe 4, du KWG, ne relèvent pas de l'obligation de maintien en activité et de l'obligation de garantie. Il s'agit là de la conséquence directe de la participation aux pertes, définie contractuellement, qui est une condition de la reconnaissance en tant que fonds propres de garantie. L'investisseur ne doit donc pas être considéré comme un créancier de la banque, et il n'est pas couvert par l'obligation de garantie. De même, il ne profite pas de l'obligation de maintien en activité, étant donné que celle-ci ne vise qu'à garantir la base économique de l'établissement et à fournir les fonds nécessaires au maintien de l'activité commerciale normale de l'entreprise. Elle n'exclut en aucun cas la participation de tiers aux pertes. Les pertes sont théoriquement possibles jusqu'à épuisement des fonds propres de garantie. En conséquence, le patrimoine de l'investisseur tacite n'est pas protégé par l'intervention du garant au titre de l'obligation de maintien en activité. Compte tenu du fait que les investisseurs en fonds propres ne sont pas couverts par l'obligation de maintien en activité et l'obligation de garantie, la Commission estime que la solidité financière intrinsèque, renforcée ou constante, de la Helaba, si l'on considère la situation sous l'angle de l'année 1998, a un impact positif sur les futures conditions auxquelles la Helaba pourra se procurer d'autres fonds propres tels que des apports tacites.

(155) La Commission en conclut que l'amélioration notable du ratio de fonds propres de base requis par les règles prudentielles qui a été atteint en 1998 grâce à l'inscription immédiate de l'apport tacite, constitue un facteur potentiellement déterminant, du moins sous l'angle ex ante, pour l'évaluation de la solidité financière intrinsèque de la Helaba et de ses futures conditions de financement, et donc un avantage pour la banque, que cette somme ait ou non été utilisée pour garantir des activités commerciales. Un investisseur opérant dans une économie de marché qui, par l'inscription immédiate au bilan de l'intégralité du capital à injecter, aurait risqué de perdre celui-ci dans son intégralité en cas de faillite, aurait exigé une rémunération appropriée afin de couvrir ce risque. La Helaba, pour sa part, aurait consenti à cette rémunération en raison de l'avantage qu'elle en retirait, du moins potentiellement, dans la mesure où sa concrétisation effective dépendait d'une évolution qui était encore difficile à prévoir en 1998. La Commission partage donc, sur ce point, l'avis du plaignant, le Bundesverband deutscher Banken, tant dans son principe que dans sa conclusion.

d) ***Rémunération appropriée du capital apporté et comparaison avec la rémunération effectivement versée***

(1) *Évaluation de la conformité au marché de la rémunération convenue pour le capital à utiliser pour garantir des activités commerciales*

(aa) Remarque préliminaires

(156) Comme précisé précédemment, la Commission considère la mesure financière convenue entre le Land de Hesse et la Helaba comme un apport tacite. Afin d'apprécier si la rémunération convenue est conforme au marché, il est donc déterminant de savoir si elle peut être considérée comme étant dans la fourchette des rémunérations convenues sur le marché pour des apports tacites économiquement et juridiquement comparables.

(157) Selon les informations fournies par l'Allemagne, dans le cadre de la comparaison des apports tacites du Land de Hesse, il convient toutefois de prendre en considération l'impact de la taxe professionnelle de 0,26 % par an qui grève l'apport tacite à la Helaba. Sur la rémunération de 1,4 %, la Helaba doit s'acquitter de la taxe professionnelle, à laquelle le Land de Hesse n'est pas assujetti, ce qui porte la charge totale à 1,66 % (avant impôts). Les investisseurs privés exerçant en Allemagne sont soumis à la taxe professionnelle sur la part bénéficiaire des apports tacites. Le Land de Hesse n'est pas assujetti à la taxe professionnelle, mais la Helaba doit, quant à elle, s'acquitter de la taxe professionnelle due au titre de la rémunération de l'apport tacite. En conséquence, un investisseur institutionnel opérant dans une économie de marché aurait exigé une rémunération plus élevée que le Land, afin de compenser la charge que représente le paiement de la taxe professionnelle. À l'inverse, il ne fait aucun doute que la Helaba aurait été disposée à payer cette majoration de la rémunération à ce type d'investisseurs, puisque pour elle, il est indifférent d'acquitter la majoration sous forme de rémunération à l'investisseur ou de taxe professionnelle au fisc.

(158) Lorsque le Bundesverband deutscher Banken précise que la taxe professionnelle, qui est d'ailleurs payable en grande partie à la commune et non au Land, ne saurait être considérée comme une composante de la rémunération, mais qu'elle constitue une charge imposée par la loi, liée à un élément fiscal indépendant des projets des parties, il a en soi raison de l'avis de la Commission. Le Bundesverband deutscher Banken néglige néanmoins le fait qu'il importe peu, aux fins d'une comparaison avec le marché, de savoir si la taxe professionnelle est une composante de la rémunération ou pas. Il importe bien plus de prendre en considération la situation particulière de la Helaba lors du transfert de l'apport tacite du Land de Hesse, et notamment la charge particulière qui existe en l'espèce et qui n'aurait pas grevé un transfert d'apports tacites effectué par des investisseurs privés.

(159) En définitive, la Commission se rallie donc à la position défendue par L'Allemagne, à savoir qu'au vu de la comparaison avec le marché, il convient d'ajouter à la rémunération de 1,40 % par an la taxe professionnelle de 0,26 % par an que doit payer la Helaba, ce qui porte la charge totale à 1,66 %. Selon les informations fournies par l'Allemagne, la taxe professionnelle se répartit de façon proportionnelle sur les deux composantes de la rémunération, soit 0,23 % par an sur la rémunération de base convenue de 1,2 % par an et 0,03 % sur la majoration de 0,2 % convenue au titre de la permanence. Aux fins d'une comparaison avec le marché, il est donc nécessaire d'utiliser un taux de 1,43 % par an pour la rémunération de base et de 0,23 % par an pour la majoration au titre de la permanence.

(bb) Conformité au marché de la rémunération de base convenue de 1,2 % par an. (taux de 1,43 % par an tenant compte de la taxe professionnelle dans le cadre de la comparaison avec le marché)

(160) La rémunération de base de l'apport tacite en question est à déterminer, selon la méthode appliquée par le Land de Hesse et la Helaba, sur la base d'apports tacites comparables dans tous leurs éléments, sauf leur durée déterminée. Il faudra examiner séparément, au point bb), s'il convient d'appliquer une majoration à cette rémunération de base pour tenir compte de la durée indéterminée de l'apport tacite du Land de Hesse.

(161) L'Allemagne a présenté des données complètes sur les rémunérations d'apports tacites à durée déterminée appliquées aux alentours de la date du transfert, fin 1998, et après.

(162) D'après les informations fournies par le gouvernement allemand, il convient donc, dans le cadre de la comparaison des majorations appliquées aux apports tacites, d'opérer une distinction en fonction du taux d'intérêt de référence. Dans le cas d'une rémunération globale variable, si la majoration de la rémunération s'appuie sur le taux (variable) du marché monétaire interbancaire (libor ou euribor), c'est-à-dire le taux de refinancement pour les banques de premier ordre, elle correspond alors à la rémunération de la fonction de garantie des apports tacites, sans autre exigence d'adaptation. En revanche, dans le cas d'une rémunération globale fixe, si la majoration de la rémunération s'appuie sur le taux (fixe) du marché obligataire (en règle générale le rendement des emprunts d'État sur dix ans), elle se compose de la majoration (générale) de refinancement de la banque vis-à-vis de l'État pour la mobilisation de liquidités et de la rémunération de la fonction de garantie spécifique de l'apport tacite. Afin de comparer la rémunération de la fonction de garantie à des rémunérations de la garantie s'appuyant sur le marché monétaire, il convient de déduire ici la majoration au titre du financement de la majoration de la rémunération. Dans le cas des apports en nature, comme l'apport tacite du Land de Hesse, la majoration de la rémunération est en revanche, comme pour les instruments à taux d'intérêt variable du marché monétaire, normalement identique à la rémunération de la fonction de garantie.

(163) Il en découle qu'il est possible de comparer la rémunération de l'apport tacite du Land de Hesse, en tant qu'apport en nature, directement avec les majorations de rémunération basées sur le marché monétaire (c'est-à-dire dans l'ensemble

des rémunérations globales variables), étant donné que celles-ci correspondent aux rémunérations de la fonction de garantie. Dans le cadre d'une comparaison avec les rémunérations globales basées sur le marché obligataire, il convient en revanche de déduire de celles-ci la majoration de refinancement (en principe d'environ 20 à 40 points de base, sans prise en compte des écarts à court terme vers le bas ou vers le haut, au cours de la période pertinente, selon les informations fournies par l'Allemagne ([23]), afin de déterminer la rémunération spécifique de la fonction de garantie à l'apport tacite.

(164) Sur la base des renseignements fournis par l'Allemagne, la Commission a réalisé une comparaison avec le marché en s'appuyant sur les opérations énumérées dans le tableau suivant, dont le Land de Hesse et la Helaba avaient connaissance au moment de l'opération, fin 1998, ou qui permettent, parce qu'elles n'ont eu lieu que quelques mois plus tard, de préjuger des conditions qui prévalaient sur le marché au moment de l'opération, fin 1998:

Opérations comparables ([24])

Description de l'opération	Volume	Durée	Notations solvabilité/produit	Majoration rémunération par an (en pb)	Taux de référence et le cas échéant, correction ([25]) de la majoration de la rémunération par déduction de la majoration de refinancement	Rémunération de garantie pertinente pour la comparaison
Apport tacite des caisses d'épargne dans la Helaba en Hesse et Thuringe (décembre 1997)	300 millions de DEM	10 ans	BR: Aaa/AAA (grâce garanties de l'État) PR: ?	1,2 %	Emprunt fédéral sur 10 ans (correction par déduction de 20-40 pb)	80-100 pb
Tranche USD à taux fixe de l'apport tacite dans la Deutsche Bank (janvier 1998)	1re tranche de 700 millions d'USD	10 ans	BR: AAA/Aa1 PR: AA-	80 pb	Libor 12 mois (pas de correction)	80 pb
Tranche USD à taux variable de l'apport tacite dans la Deutsche Bank (janvier 1998)	2e tranche de 700 millions d'USD	10 ans	BR: AAA/Aa1 PR: AA-	140 pb	Bons du trésor américains sur 10 ans (correction par déduction 65 pb ([26])	75 pb
Apport tacite à taux variable dans la SGZ-Bank (octobre 1998)	50 millions de DEM	10 ans	BR: A1/A+ PR: ?	120 pb	Libor 12 mois (pas de correction)	120 pb

([23]) Voir observations de l'Allemagne du 9 avril 2003, annexes 15-16. Les données se rapportent à la majoration de refinancement pour les banques de la zone euro par rapport aux emprunts du gouvernement fédéral allemand ainsi qu'à la majoration de refinancement d'obligations bancaires (obligations hypothécaires sur dix ans) par rapport aux emprunts du gouvernement fédéral. En l'absence de données sur la majoration de refinancement correspondante par rapport aux bons du trésor américains et en raison du caractère économique fondamentalement comparable, la Commission utilise la fourchette mentionnée pour les majorations de refinancement, même pour les bons du trésor américains, car il n'est pas nécessaire d'avoir des chiffres précis, mais seulement un ordre de grandeur pour déterminer la fourchette de rémunération de la fonction de garantie.

Opérations comparables ([24])

Description de l'opération	Volume	Durée	Notations solvabilité/produit	Majoration rémunération par an (en pb)	Taux de référence et le cas échéant, correction ([25]) de la majoration de la rémunération par déduction de la majoration de refinancement	Rémunération de garantie pertinente pour la comparaison
Apport tacite dans la HypoVereinsbank (décembre 1998)	1ère tranche de 1,2 milliard de DEM ([27])	10 ans	BR: Aa2, Aa3/AA- PR: A2	160 pb	Libor DEM (pas de correction)	160 pb
Tranche euro de l'apport tacite dans la Dresdner Bank (mai 1999)	500 millions d'euros	12 ans	BR: Aa1/AA PR: Aa2; A+	165 pb	Emprunt fédéral allemand sur 10 ans (correction par déduction de 20-40 pb)	125-145 pb
Tranche USD de l'apport tacite dans la Dresdner Bank (mai 1999)	1 milliard d'USD	32 ans	BR: Aa1/AA PR: Aa2; A+	215 pb	Bons du trésor américains sur 30 ans (correction par déduction de 65 pb ([28])	150 pb
Apport tacite dans la HypoVereinsbank (mai 1999)	500 millions d'euros	12 ans	BR: Aa2, Aa3/AA- PR: ?	125 pb	Euribor 12 mois (pas de correction)	125 pb
Tranche euro du perpetual dans la Deutsche Bank (juillet 1999)	500 millions d'euros	illimitée	BR: Aa3/AA PR: A1	global 6,6 % (correspond à 115 pb)	Correspond à l'emprunt fédéral sur 30 ans (corrections par déduction de 20-40 pb)	75-95 pb
Tranche USD du perpetual dans la Deutsche Bank (juillet 1999)	200 millions d'USD	illimitée	BR: Aa3/AA PR: A1	global 7,75 % (correspond à 160 pb)	Correspond aux bons du trésor sur 30 ans (corrections par déduction de 65 pb)	95 pb

([24]) Voir en particulier les observations de l'Allemagne du 9 avril 2003, annexes 2 à 4, 8 à 12, 17 et 18.

([25]) Correction par déduction effectuée par la Commission sur la base de données communiquées par l'Allemagne.

([26]) Majoration de refinancement par rapport à des bons du trésor américain sur la même durée, voir observations de l'Allemagne du 9 avril 2003, p. 27.

([27]) 2e tranche à taux fixe, mais conditions identiques.

([28]) Majoration de refinancement sur les bons du trésor américains, voir les observations de l'Allemagne du 9 avril 2003, p. 27.

(165) L'examen du tableau où figurent des opérations comparables indique une fourchette de rémunérations de garantie pertinentes pour la comparaison avec le marché qui s'étend entre 0,75 % et 1,6 % par an. Afin d'appuyer cette information, l'Allemagne a présenté en outre un aperçu de la Investmentbank […] sur l'évolution des rémunérations de la fonction de garantie d'instruments hybrides utilisables pour des fonds propres de base et cotés en euros, sur la période allant de décembre 2001 à juillet 2004 ([29]). La rémunération moyenne de la garantie pour toutes les catégories de notation (intérêt libor, plus majoration) varie, au cours de cette période, dans une fourchette allant de 2,25 % par an (vers la fin 2002-début 2003), valeur limite supérieure, à environ 0,8 % par an (en 2004), valeur limite inférieure, un taux légèrement inférieur à 1,5 % par an pouvant être considéré comme la valeur moyenne sur cette période. La valeur pour les établissements de crédit ayant obtenu la note A ou plus se situe entre environ 10 et 20 points de base en dessous de ce taux, tandis que pour les établissements de crédit ayant obtenu la note BAA, la valeur se situe entre environ 10 et, au moment du (bref) pic de début 2003, 250 points de base au-dessus.

(166) La Commission est bien consciente que les rémunérations du marché figurant dans ce tableau ne constituent qu'une estimation très sommaire. Les opérations sont différentes à bien des égards, notamment en ce qui concerne la notation des établissements financiers émetteurs, le volume de l'opération et le taux d'intérêt de référence retenu. Ces facteurs exercent chacun une influence déterminante sur la formation des prix et devraient être quantifiés grâce à une étude du marché plus approfondie, basée sur une méthode permettant d'évaluer exactement leur influence respective sur la formation des prix.

(167) Afin d'évaluer la conformité au marché, au regard des règles régissant les aides d'État, de l'apport tacite du Land de Hesse, une étude de marché plus approfondie ne s'avère toutefois pas indispensable, selon la Commission. En effet, l'essentiel est que la Commission puisse s'assurer, sur la base de tendances, que la rémunération convenue se trouve encore dans la fourchette du marché.

(168) Il convient donc de retenir que les montants des opérations examinées à titre comparatif se situent dans une fourchette qui va de moins de 50 millions de DEM (environ 25 millions d'euros) à environ 1 milliard d'USD (selon le cours, environ 1 milliard d'euros). Il est vrai que la valeur de l'apport tacite du Land de Hesse, avec environ 1,2 milliard d'euros, se situe au-dessus de cette fourchette. La Commission partage néanmoins l'avis de l'Allemagne selon lequel l'apport tacite du Land de Hesse, en raison de l'adoption du système progressif présenté ci-dessus, équivaut à une série d'apports tacites d'un montant plus faible se situant pour chacun entre environ 150 et 300 millions d'euros. La Helaba n'avait pas besoin d'un apport immédiat de cet ordre; dès lors elle pouvait se procurer le même montant sur le marché, conformément à son plan d'activité, grâce à des apports tacites successifs. La Commission note qu'il était en premier lieu de l'intérêt de l'Allemagne que l'apport tacite soit transféré en totalité dans la Helaba dès le départ, afin d'éviter la scission du fonds de promotion.

(169) D'un autre côté, grâce à l'apport tacite du Land de Hesse, même s'il s'agit d'une série d'apports tacites, la part des apports tacites dans les fonds propres de base de la Helaba a augmenté, pour atteindre […] %. Selon les informations fournies par le gouvernement allemand, cela représente une augmentation nettement plus importante que ce que l'on peut observer pour les instruments de capitaux propres hybrides utilisés par les banques privées ([30]). La Commission suppose qu'un investisseur privé est plus enclin à exiger une rémunération élevée lorsque les fonds propres de base hybrides représentent une part importante du capital social, étant donné qu'à ce moment-là, la probabilité d'un recours à des apports tacites plutôt qu'à du capital social, si la banque concernée se trouvait en difficulté, est plus grande. L'Allemagne conteste cette opinion, estimant qu'en principe, tous les apports sont considérés comme équivalents en matière de garantie, et qu'il n'y a pas de primauté des apports tacites plus récents. La Commission perçoit cependant, indépendamment des liens de subordination pouvant exister entre les apports tacites en matière de garantie, un risque accru dans le fait qu'avec l'augmentation de la part des apports tacites dans les fonds propres de base, il faille encore recourir à des apports tacites pour soutenir les actifs à risques de la banque et que, dès lors, l'effet tampon du capital social diminue, de sorte que la probabilité de leur utilisation en cas de pertes augmente et que la rapidité avec laquelle ils seront reconstitués une fois que la rentabilité sera améliorée diminue. L'Allemagne précise également qu'il est impossible d'affirmer, sur la seule base des données du marché, que les investisseurs d'apports tacites dans des entreprises dont la part d'apports tacites est déjà élevée seraient plus enclins à exiger une rémunération de la garantie supérieure. La Commission en prend acte et considère qu'il est impossible, aux fins de la présente décision, de procéder à une quantification de cette majoration sur la base d'une méthode plus fine. Elle estime toutefois qu'en tout état de cause, il ressort de ce qui précède qu'un investisseur opérant dans une économie de marché n'aurait pas accepté de rémunération dans la partie inférieure de la fourchette du marché.

(170) La Commission, contrairement à l'Allemagne, estime que la note maximale (AAA/Aaa) attribuée à la Helaba fin 1998 en raison de l'obligation de maintien en activité et de garantie qui incombait alors aux pouvoirs publics n'est pas déterminante pour l'examen de la rémunération de l'apport tacite. Comme exposé plus en détail ci-dessus, l'associé tacite n'est justement pas protégé dans son intérêt patrimonial par l'intervention du garant au titre de son obligation de maintien en activité.

([29]) Réponse de l'Allemagne du 23 août 2004, annexe 6.

([30]) Réponse de l'Allemagne du 23 août 2004, pp. 11 et 12. Pour les […] banques privées allemandes qui y sont mentionnées […], […] et […], cette part est passé d'environ 5 % en 1998 à environ 20-30 % en 2003. Cependant, selon les données fournies par l'Allemagne, la part de la Helaba se trouve dans la fourchette de 33 % à 72 % observée pour les banques régionales.

(171) La Commission en conclut également que la notation basée sur l'obligation de maintien en activité et de garantie ne peut servir de critère pour évaluer le risque encouru par l'investisseur. Selon elle, ce qui est bien plus déterminant en l'occurrence, c'est la notation à long terme sans garanties de l'État. L'Allemagne précise qu'à cet égard, il n'était pas possible de déterminer cette note pour fin 1998, étant donné que la méthode de notation propre aux banques régionales n'a vu le jour qu'après la décision de suppression des garanties de l'État, c'est-à-dire après 2001 ou 2002. Aux fins de la présente décision, la Commission suppose qu'un investisseur opérant dans une économie de marché estimerait que le risque de pertes encouru avec la Helaba serait comparable à celui d'un investissement dans l'une des grandes banques privées choisies aux fins de la comparaison mentionnée ci-dessus, dont la notation se situait sans exception au niveau A, et ne serait pas assimilable au risque réduit qui va de pair avec la note maximum AAA. Au vu de ce qui précède, il ne semble pas conseillé de réduire la majoration de la rémunération par rapport aux données recueillies dans le cadre de la comparaison; une utilisation directe de ces dernières est en revanche envisageable.

(172) Eu égard aux considérations qui précèdent, la Commission ne considèrerait plus comme conforme au marché une rémunération de l'apport tacite du Land de Hesse se situant dans la partie inférieure de la fourchette du marché. Pour ce qui est de la fourchette du marché déterminée pour la rémunération de la garantie dans le cas des apports tacites, qui se situe entre 0,75 % et 1,6 %, le taux de comparaison pertinent pour l'apport tacite du Land de Hesse se situe cependant, avec 1,43 % (compte tenu de l'impact de la taxe professionnelle), dans la zone médiane à supérieure. Au vu des ces éléments, la Commission considère que rien ne lui permet donc de conclure, s'agissant de la rémunération, que la Helaba aurait été favorisée et qu'elle aurait dès lors bénéficié d'une aide d'État.

(cc) Conformité au marché de la majoration de 0,2 % par an convenue au titre de la permanence (taux de 0,23 % par an pertinent pour la comparaison compte tenu de la taxe professionnelle)

(173) L'apport tacite du Land de Hesse est sans limitation dans le temps et représente, selon la terminologie internationale, un *perpetual*. Cet élément le distingue de la plupart des autres opérations habituelles déjà effectuées dans les années 1990 et utilisées par l'Allemagne à des fins de comparaison, qui portent en général sur 10 ou 12 ans.

(174) Selon une vision abstraite du marché, le caractère illimité augmente, pour l'investisseur, le risque de défaillance et de fluctuation du taux d'intérêt, certes compensable par une majoration du taux, bien que le risque de fluctuation du taux d'intérêt ne joue pas de rôle en l'occurrence, en raison de l'illiquidité de l'apport. De plus, le Land a limité ses possibilités de disposer de l'apport tacite plus qu'il ne l'aurait fait s'il s'était agi d'un apport à terme convenu ([31]). La durée illimitée de l'apport tacite confère par ailleurs à la Helaba une valeur économique accrue, parce qu'il peut être reconnu comme fonds propre de base au-delà du plafond de 15 % susmentionné, ce qui a d'ailleurs été le cas. Les modalités en ont été précisées dans la déclaration de Sidney d'octobre 1998 du comité de Bâle sur le contrôle bancaire, mentionnée ci-dessus.

(175) C'est pourquoi le Land de Hesse et la Helaba ont convenu d'une nouvelle majoration de la rémunération de base, une «majoration au titre de la permanence», fixée à 0,2 % par an. Compte tenu de l'impact de la taxe professionnelle susmentionné, le taux pertinent dans le cadre de la comparaison avec le marché augmente de 0,23 % par an.

(176) Afin de déterminer la compatibilité de ce taux de 0,23 % par an avec le principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché, la Commission ne peut pas, ou seulement de manière très limitée, s'appuyer sur des données de marché datant de l'époque de l'opération. Selon les informations apportées par l'Allemagne, la Helaba et le Land de Hesse ont d'une certaine manière fait office de précurseurs en élaborant cette opération car ils devaient, en concertation avec les autorités de surveillance bancaire et les autorités financières compétentes, faire reconnaître l'apport dans son intégralité comme fonds propres de base au-delà du plafond de 15 %. Selon l'Allemagne, cette opération était à l'évidence la première du genre. Les parties au contrat ne disposaient pas encore, fin 1998, de données de comparaison sur la conformité au marché de la majoration au titre de la permanence, étant donné que, au cours de la période entre la déclaration du Sidney du 28 octobre 1998 et le 1er décembre, un marché transparent n'avait encore pu se constituer pour les apports tacites permanents.

(177) La Commission note tout d'abord qu'on ne peut interdire à des investisseurs publics ou à une banque publique d'agir en précurseurs sur le marché. Un précurseur doit au contraire disposer d'une plus grande marge de manœuvre lors de la détermination des conditions de son opération que ce n'est le cas pour les opérations dont sont issues les données de référence qui déterminent la fourchette utilisée dans le cadre de la comparaison avec le marché. La Commission peut donc tout au plus vérifier si la fixation de la majoration au titre de la permanence n'est pas manifestement entachée d'une erreur d'appréciation sur le plan économique, c'est-à-dire si elle n'est pas éventuellement fondée sur des critères d'appréciation erronés.

(178) Il convient dès lors, aux fins de la vérification, d'utiliser également des données de marché ultérieures. Selon la Commission, rien ne laisse supposer qu'une majoration d'un apport tacite au titre de la permanence connaisse de grandes variations au fil du temps. Toutefois, le marché ne

([31]) Cela ne signifie pas nécessairement que le Land reste lié «ad vitam eternam» vis-à-vis de la Helaba ou qu'il ne pourra plus jamais disposer des fonds regroupés dans l'apport tacite. Au contraire, le Land peut céder ses droits découlant de l'apport tacite — du moins avec le consentement de la Helaba — à des tiers, moyennant rétribution. La fongibilité de l'apport tacite n'est pas donc pas nécessairement réduite à zéro.

fournit pas de données spécifiques concernant le niveau de la majoration au titre de la permanence. En effet, l'instrument que représentent les *perpetuals,* parmi lesquels figure également l'apport tacite à durée illimitée, s'est affirmé sur le marché depuis la déclaration de Sidney d'octobre, et en particulier depuis 1999.

(179) Pour réaliser la comparaison avec le marché, l'Allemagne n'a donc pas présenté de données séparées sur le niveau approprié de la majoration au titre de la permanence, mais des données sur les pratiques tarifaires globales observées sur le marché des *perpetuals* ou des apports tacites à durée indéterminée depuis 1999 (sont également considérés comme illimités les apports sur 30 ans ou plus). Une synthèse de ces données est présentée dans le tableau suivant, les *perpetuals* figurant dans le tableau ci-dessus pour l'année 99 ayant été repris ici dans un souci d'exhaustivité:

Opérations comparables ([32])

Description de l'opération	Volume	Durée	Notations solvabilité/ produit	Majoration de la rémunération par an (en pb)	Taux de référence et le cas échéant, correction ([33]) de la majoration de la rémunération par déduction majoration de refinancement	Rémunération de la garantie pertinente pour la comparaison
Tranche USD de l'apport tacite dans la Dresdner Bank (mai 1999)	1 milliard d'USD	32 ans	BR: Aa1/AA PR: Aa2; A+	215 pb	Bons du trésor américains à 30 ans (correction par déduction de 65 pb ([34])	150 pb
Tranche euro du perpetual dans la Deutsche Bank (juillet 1999)	500 millions d'euros	illimitée	BR: Aa3/AA PR: A1	global 6,6 % (correspond à 115 pb)	Correspond à l'emprunt fédéral sur 30 ans (corrections par déduction de 20-40 pb)	75-95 pb
Tranche USD du perpetual dans la Deutsche Bank (juillet 1999)	200 millions d'USD	indéterminée	BR: Aa3/AA PR: A1	global 7,75 % (correspond à 160 pb)	Correspond aux bons du trésor à 30 ans (corrections par déduction de 65 pb)	95 pb
Deutsche Bank (décembre 2003)	300 millions d'euros	indéterminée	PR: A2/A	fixe 6,15 % (correspond à 99 pb au-dessus des mid-swaps)	Correspond aux mid-swaps (pas de correction)	99 pb

([32]) Voir en particulier les observations de l'Allemagne du 9 avril 2003, annexes 2 à 4, 8 à 12, 17 et 18.

([33]) Correction par déduction effectuée par la Commission sur la base de données communiquées par l'Allemagne.

([34]) Majoration de refinancement par rapport à des bons du trésor américains de même durée, voir observations de l'Allemagne du 9 avril 2003, p. 27.

(180) Les quelques rares données de comparaison concernant les *perpetuals* n'entraînent ici aucun changement de la fourchette de comparaison par rapport aux apports tacites à durée déterminée. Il découle néanmoins de la théorie économique qu'un investisseur opérant dans une économie de marché exigera à l'évidence une majoration au titre de la permanence par rapport à un apport tacite à durée déterminée, par ailleurs identique, afin de compenser le risque plus grand de défaillance dû à la force ou à la longueur accrues du lien. Il ressort en tout cas des données présentées que sur le marché, pour les *perpetuals*, il n'est pas exigé de rémunération de la garantie sensiblement supérieure à celle des apports à durée déterminée. Cette constatation, qui ne peut toutefois pas être considérée comme statistiquement solide, compte tenu du nombre insuffisant d'opérations comparables, donne en outre une plus grande plausibilité à l'argumentation de l'Allemagne selon laquelle le caractère permanent ne fait pas de l'apport tacite un instrument de capitaux propres d'un autre type, comme le prétend par exemple le Bundesverband deutscher Banken.

(181) L'Allemagne a présenté un calcul comparatif de la majoration au titre de la permanence de l'opération en euros à durée indéterminée (*perpetual*) de la Deutsche Bank de juillet 1999 par rapport à l'opération à durée déterminée de la Dresdner Bank de mai 1999 ([35]). Le *perpetual* de la Deutsche Bank de juillet 1999 était assorti d'une rémunération globale de 6,6 % par an (voir tableau ci-dessus). Le 1er juillet 1999, le taux actuariel des emprunts fédéraux à 10 ans était de 4,66 % par an, la majoration de la rémunération étant de 1,94 % par an ([36]). En revanche, la tranche en euros de l'apport tacite à 12 ans de la Dresdner Bank de mai 1999 se situe, avec 1,65 %, au-dessus des emprunts fédéraux à 10 ans. La différence est de 0,29 % par an. Elle est à peine plus élevée que la majoration convenue ici de 0,20 % par an (0,23 % par an, impact de la taxe professionnelle inclus). Une autre raison qui explique que la différence est un peu plus élevée est que les *perpetuals* de la Deutsche Bank ont obtenu une note A1 de Moody's, c'est-à-dire une note inférieure à celle de la Dresdner Bank, qui a obtenu Aa2 pour ses apports tacites, et qu'il y avait donc lieu de leur attribuer une rémunération plus élevée.

(182) La Commission considère ce calcul comparatif comme plausible, compte tenu de l'existence de données limitées au cours de la période 1998/1999, qui ne peut être reprochée au Land de Hesse et à la Helaba. Le taux résultant du calcul comparatif de 0,29 % se situe légèrement au-dessus de la majoration au titre de la permanence convenue par le Land de Hesse et la Helaba, dont le taux est de 0,23 %. De plus, au moins une partie de la différence s'explique par des différences dans la notation des produits, qui serait probablement inférieure, si l'on comparait un apport tacite à durée déterminée et un apport tacite à durée indéterminée de la Helaba, car l'émetteur serait alors le même.

(183) Au vu de ce qui précède, la Commission estime que rien ne lui permet de conclure que le taux comparable pertinent de 0,23 % par an pour la majoration au titre de la permanence se situe au-dessous de la fourchette du marché et que, par conséquent, la Helaba aurait été favorisée, c'est-à-dire aurait bénéficié d'une aide d'État.

(dd) Prise en compte appropriée des répercussions de l'absence de liquidité

(184) Les arguments concordants de l'Allemagne, de la Helaba et du Bundesverband deutscher Banken à propos de l'absence de liquidité sont recevables, dans la mesure où en général, une injection de capital apporte à une banque à la fois des liquidités et la base de fonds propres de base requise en vertu des règles prudentielles pour l'augmentation de ses opérations de crédit. Pour utiliser la totalité du capital, c'est-à-dire pour ses actifs à risques pondérés à 100 % d'un facteur de 12,5 (soit 100 divisé par le ratio de solvabilité de 8 %), la banque doit se refinancer 11,5 fois sur les marchés financiers. Plus simplement, la différence entre 12,5 fois les intérêts perçus et 11,5 fois les intérêts payés sur ce capital, déduction faite d'autres frais (frais de gestion, par exemple), donne le bénéfice sur le capital propre ([37]). Comme l'apport tacite du Land de Hesse n'a pas procuré de liquidités immédiates à la Helaba, dans la mesure où les actifs transférés, ainsi que l'ensemble des revenus issus de ces actifs, devaient continuer, conformément à la loi, à être affectés à l'aide à la construction de logements, la Helaba a dû supporter des frais de financement supplémentaires, à hauteur du montant du capital, lorsqu'elle se procurait sur les marchés financiers les ressources nécessaires pour élargir le champ d'activités que lui ouvrent ces capitaux supplémentaires, c'est-à-dire pour augmenter les capitaux à risques pondérés de 12,5 fois le montant du capital (ou pour maintenir les capitaux existants à niveau) ([38]). Ces frais supplémentaires, qui ne sont pas générés dans le cas d'un apport de capital en numéraire, obligent à procéder à une déduction correspondante, afin de déterminer la rémunération appropriée. Un investisseur opérant dans une économie de marché ne peut pas s'attendre à percevoir la même rémunération que pour un apport en numéraire.

(185) Contrairement au Bundesverband deutscher Banken, mais à l'instar de l'Allemagne et de la Helaba, la Commission estime que le taux d'intérêt de refinancement brut est déductible. Les frais de refinancement sont des dépenses d'exploitation et contribuent donc à réduire le revenu imposable. Ce principe vaut également pour la

([35]) Observations de l'Allemagne du 9 avril 2004, p. 28.

([36]) La majoration de la rémunération du *perpetual* de la Deutsche Bank (rémunération convenue à taux fixe de 6,60 %) est mise en parallèle avec le taux de 1,94 % par an des emprunts fédéraux à 10 ans, afin de faciliter la comparaison avec l'apport tacite à 12 ans de la Dresdner Bank (1,65 % par an au-dessus des emprunts fédéraux à 10 ans), ce qui permet d'avoir une idée du niveau de la majoration au titre de la permanence. En revanche, dans le tableau ci-dessus, la majoration de la rémunération du même *perpetual* est mise en parallèle avec le taux de 1,15 % des emprunts fédéraux à 30 ans étant donné qu'ils correspondent à la période d'observation pertinente (30 ans confère sur le marché un statut de «quasi-permanence»). La majoration de la rémunération appliquée aux emprunts fédéraux à 30 ans est inférieure, puisque dans l'hypothèse d'une évolution normale des taux, ce qui est le cas en l'espèce, les emprunts à long terme (30 ans) sont plus rentables que les emprunts à court terme (10 ans) et représentent ainsi un poste de déduction plus important de la rémunération convenue à taux fixe de 6,60 % par an.

([37]) En réalité, la situation est bien plus compliquée, notamment en raison de certains postes qui n'apparaissent pas au bilan, des pondérations de risques différentes pour l'actif et des postes sans risque. Le fond de la réflexion reste inchangé.

([38]) La situation reste la même si l'on envisage la possibilité d'apporter des fonds propres complémentaires à hauteur des fonds propres de base (facteur 25 au lieu de 12,5 pour les fonds propres de base).

rémunération d'un apport tacite effectué dès le départ sous forme liquide. Comparativement à celui-ci, qui constitue, comme exposé ci-dessus, le critère de comparaison approprié, il n'en découle pas d'autre avantage fiscal. Dans les deux cas, le montant des intérêts versés au titre de la liquidité vient donc grever le résultat net de la banque. Par conséquent, la totalité des frais de refinancement est déductible.

(186) Cette situation distingue fondamentalement la Helaba de la WestLB et des autres banques régionales ayant également fait l'objet de procédures d'enquête, étant donné que, dans le cas de ces dernières, les fonds de promotion ont toujours été inscrits au bilan comme réserves et que la totalité de la rémunération est à considérer comme utilisation des bénéfices et non pas comme dépense d'exploitation, et que, dès lors, elle doit être prélevée sur le bénéfice imposable. Dans les autres cas, il y aurait donc avantage fiscal lorsque les frais supportés pour se procurer à nouveau des liquidités sont déductibles fiscalement en tant que dépenses d'exploitation, alors que cela n'est pas le cas pour un investissement effectué dès le départ en numéraire, mais identique à tous les autres points de vue et qui constitue le critère de comparaison pertinent.

(187) Il découle de l'absence de tout avantage fiscal (supplémentaire) que la Helaba ne doit payer que la rémunération au titre du risque auquel le Land de Hesse expose son fonds de promotion sous forme d'apport tacite, c'est-à-dire la rémunération de la garantie exprimée en points de base au-dessus du taux d'intérêt de référence pertinent.

(2) *Détermination d'une rémunération minimale pour les capitaux utilisés pour garantir les activités de promotion ainsi que pour les capitaux non utilisés initialement pour garantir des activités commerciales conformément au système progressif*

(188) Dans la décision WestLB de 1999, la Commission a imposé une commission pour aval de 0,5-0,6 % avant impôts ou de 0,3 % après impôts pour le montant inscrit au bilan qui ne devait pas servir à la couverture des activités commerciales. Cette commission pour aval se base sur le taux de 0,3 % avant impôts dont le gouvernement avait estimé, en 1991, qu'il convenait à une banque telle que la WestLB. La Commission a fait passer ce taux à 0,5-0,6 % avant impôts (soit 0,3 % après impôts) pour deux raisons. D'une part, le montant de 3,4 milliards de DEM (1,74 milliard d'euros) en cause dans l'affaire WestLB est supérieur aux montants normalement couverts par ce type de garanties bancaires. D'autre part, les garanties bancaires sont généralement associées à certaines opérations et limitées dans le temps.

(189) Dans la présente procédure, la Commission a également demandé à l'Allemagne de citer une commission pour aval pouvant être considérée comme conforme au marché pour une banque telle que la Helaba. L'Allemagne n'a pas donné suite à cette demande, faisant valoir qu'il n'est recouru aux avals que dans le cadre de certaines opérations, et qu'il n'existe donc pas de marché de la rémunération de tels avals. Si, malgré ces objections, la Commission persistait à exiger une rémunération, celle-ci ne pourrait, selon l'Allemagne, être évaluée qu'individuellement, en tenant compte du risque spécifique encouru par le Land compte tenu des montants différentiels. Étant donné que la croissance planifiée des actifs à risques, c'est-à-dire seulement […] millions de DEM par an, représente, par rapport à la WestLB, une perspective de croissance modeste, on peut penser que la très faible probabilité d'une mobilisation du montant différentiel, qui diminue d'année en année, par des créanciers de la banque n'entraînera, en tout état de cause, qu'une très faible rémunération de la garantie. En outre, la Helaba n'a utilisé qu'une partie des montants progressifs à rémunérer en totalité et, contrairement à la WestLB, a manifestement plus que rempli les exigences de ratios minimums applicables aux fonds propres de base selon les règles prudentielles, si bien que les risques commerciaux de la Helaba étaient déjà couverts plus qu'il n'était nécessaire. Avec une telle marge de sécurité, il est donc exclu d'appliquer à la Helaba le taux de rémunération minimum de 0,3 % par an avant impôts ou une majoration de ce taux de 0,2 à 0,3 % par an avant impôts, solutions proposées dans la décision WestLB (en l'occurrence au total 0,3 % par an après impôts).

(190) De ce fait, la Commission se voit dans l'obligation de fixer elle-même une commission pour aval pour une banque telle que la Helaba. Compte tenu du fait que la WestLB et la Helaba sont fondamentalement comparables, et en l'absence d'autres éléments de référence, la Commission estime que, comme dans le cas de la WestLB, un taux de base de 0,3 % par an avant impôts semble approprié. Elle considère toutefois qu'il ne convient pas d'appliquer des majorations à ce taux. D'une part, le montant de l'apport tacite, de l'ordre de 50 à 100 millions d'euros, qui doit servir à terme à la couverture des activités de promotion, est nettement plus faible que le montant correspondant d'environ 1,7 milliard d'euros en cause dans le cas WestLB. D'autre part, le montant qui, selon le système progressif, ne pouvait servir à la couverture des activités commerciales était limité dans le temps et devait diminuer pour tomber à zéro en 2003. Dans ces circonstances, il est manifeste que le risque supporté par le Land de Hesse n'était pas plus élevé que dans le cas d'une caution conforme au marché en faveur d'une banque comme la Helaba et que dès lors, rien ne justifie de relever le taux de base de 0,3 % par an avant impôts. Étant donné que la rémunération pour la totalité de l'apport tacite est fiscalement déductible en tant que dépense d'exploitation et se différencie en cela du traitement fiscal de la rémunération dans la décision WestLB, la Commission fixe, dans la présente décision, un taux avant impôt en ce qui concerne la commission pour aval, qui pourra être considéré dans sa totalité comme dépense d'exploitation.

e) ***L'élément d'aide***

(191) Comme exposé ci-dessus, la Commission considère comme appropriée une rémunération de 0,3 % par an avant impôts pour la part de fonds propres qui n'est pas utilisable par la Helaba pour garantir de ses activités commerciales, mais qui a été inscrite au bilan de la Helaba avec effet au 31 décembre 1998.

(192) La Helaba verse une rémunération de 1,4 % par an uniquement sur le montant qui, conformément au système progressif, est utilisable avec des actifs à risques, mais non pas sur la partie de l'apport tacite inscrite au bilan, mais non utilisée pour garantir des activités commerciales.

(193) L'élément d'aide d'État peut en conséquence être déterminé comme le produit de la commission pour aval de 0,3 % par an avant impôts considérée par la Commission comme conforme au marché et de la part de l'apport tacite inscrite au bilan, mais non utilisée pour garantir les activités commerciales, conformément au tableau suivant:

Valeurs de fin d'année (en millions d'euros)	1999	2000	2001	2002	2003
1) Valeur nominale au bilan	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
2) Fonds propres de base effectivement utilisables pour couvrir les activités commerciales selon le système progressif	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
3) Fonds propres de base utilisés pour couvrir les activités de promotion	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
4) Fonds propres de base utilisables pour couvrir les activités commerciales, mais comme convenu non utilisables en vertu du système progressif	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
5) Différence entre 1) et 2), correspond à la somme de 3) et 4)	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
6) réduction, à titre de mesure de sécurité, pour inscription provisoire au bilan d'un montant inférieur au 31.12.1998 (*)	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
7) Base de capital à rémunérer avec commission pour aval de 0,3 % par an (avant impôts)	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
8) Rémunération à payer, déductible à titre de dépense d'exploitation, correspond à l'élément d'aide d'État	1,92	1,95	1,34	0,73	0,15

(*) En ce qui concerne le point 6) Réduction au titre de la mesure de sécurité pour inscription provisoire au bilan d'un montant inférieur au 31.12.1998: l'Allemagne indique ([39]) que le processus de reconnaissance par l'autorité de surveillance bancaire n'était pas encore achevé au 31.12.1998, si bien que dans un premier temps, une valeur de 1 023 millions d'euros (2 000 million de DEM) a été inscrite au bilan. La valeur de 1 264 millions d'euros déterminée dans le cadre du processus d'évaluation a été portée en compte immédiatement après de l'évaluation et a donc figuré dans les comptes annuels de l'exercice 1999. La Commission estime qu'il convient, de ce fait, de procéder à une réduction de la base de capital à rémunérer, en faveur de la Helaba. En effet, les créanciers de la Helaba se basaient, pour évaluer sa solvabilité en 1999, sur les chiffres des comptes annuels de l'exercice 1998 sur lesquels figurait à titre provisoire, pour l'apport tacite, une valeur plus faible que son montant réel, à savoir 1 023 millions. Par conséquent, en 1999, seule la différence entre cette valeur et les fonds propres de base utilisables selon le système progressif, pour garantir des activités commerciales est à rémunérer par la commission pour aval de 0,3 % par an (avant), à savoir […] millions d'euros. Les années suivantes, la valeur au bilan de l'exercice précédent correspond à la valeur de l'apport tacite inscrite au bilan de l'exercice.

([39]) Voir réponse de l'Allemagne du 23 août 2004, pp. 6 et 7.

f) ***Conclusion intermédiaire***

(194) La Commission est ainsi parvenue à la conclusion que la Helaba avait été favorisée uniquement dans la mesure où elle n'a pas versé une rémunération de la garantie suffisante pour la part des capitaux mis à sa disposition sous la forme d'un apport tacite du Land de Hesse et qui a été utilisée pour garantir des activités de promotion, ainsi que pour la part qui, en raison du système progressif, n'a pas été utilisée dans un premier temps pour garantir des activités commerciales. La Commission considère qu'en l'occurrence, une rémunération de la garantie de 0,3 % par an (avant impôts) aurait été appropriée. En revanche, les capitaux utilisés pour garantir des activités commerciales ont été rémunérés de manière appropriée, au taux de 1,43 % par an (compte tenu de la taxe professionnelle) convenu à cet égard pour l'apport tacite. En l'occurrence, la Helaba n'a donc pas été favorisée.

1.3. DISTORSIONS DE LA CONCURRENCE ET EFFETS SUR LE COMMERCE ENTRES LES ÉTATS MEMBRES

(195) La libéralisation des services financiers et l'intégration des marchés financiers ont rendu le secteur bancaire de la Communauté de plus en plus sensible aux distorsions de concurrence. Le processus d'unification économique et monétaire renforcera encore ce phénomène, car les entraves à la concurrence qui subsistent sur les marchés des services financiers disparaîtront.

(196) La bénéficiaire, la Helaba, exerce dans le secteur bancaire tant au niveau régional qu'au niveau international. Elle est à la fois banque commerciale généraliste, banque centrale pour les caisses d'épargne et banque communale. En dépit de son nom, de son histoire et de la mission qui lui a été confiée par la loi, la Helaba n'est ni une banque locale ni une banque régionale.

(197) Cela montre bien que la Helaba offre ses services en concurrence avec d'autres banques européennes en dehors de l'Allemagne et également en Allemagne, dans la mesure où des banques d'autres pays européens se sont établies sur le marché allemand. Il est donc incontestable que toute aide en faveur de la Helaba entraînera une distorsion de la concurrence et entravera le commerce entre les États membres.

1.4. CONCLUSION

(198) Dans la mesure où la Helaba n'a pas versé de rémunération appropriée pour la part des capitaux mis à sa disposition qui étaient nécessaires à la couverture des activités de promotion et qui, dans un premier temps, n'ont pas été utilisés, en vertu du système progressif, pour garantir des activités commerciales, toutes les conditions d'une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE, sont réunies. En ce qui concerne la part des capitaux ayant servi à la couverture des activités commerciales, la rémunération de 1,43 % par an (compte tenu de la taxe professionnelle), qui est à verser uniquement sur ce montant, peut être considérée comme conforme au marché. À cet égard, la Helaba n'a pas été favorisée et il n'y a pas non plus d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE.

2. *COMPATIBILITÉ AVEC LE MARCHÉ COMMUN*

(199) Dans la mesure où le transfert de l'apport tacite comporte des éléments d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE, il convient de vérifier leur compatibilité avec le marché commun.

(200) Aucune des dispositions dérogatoires prévues à l'article 87, paragraphe 2, du traité CE n'est applicable. L'aide n'a pas un caractère social. Elle n'est pas non plus accordée à des consommateurs individuels. De même, elle n'est pas destinée à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires, ni à compenser les désavantages économiques causés par la division de l'Allemagne.

(201) Étant donné que l'aide n'a pas d'objectif régional — elle ne vise pas à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi, ni à promouvoir le développement de certaines activités économiques —, ni l'article 87, paragraphe 3, point a), ni les aspects régionaux de l'article 87, paragraphe 3, point c), du traité CE ne sont applicables. Ces aides ne sont pas non plus destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun. Elles ne visent pas davantage à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine.

(202) Étant donné que le maintien en activité de la Helaba n'était pas en jeu lorsque la mesure a été mise en œuvre, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'effondrement d'un grand établissement de crédit tel que la Helaba conduirait en Allemagne à une crise générale du secteur financier qui, conformément à l'article 87, paragraphe 3, point b), du traité CE, pourrait justifier une aide dans le but de remédier à une perturbation grave de l'économie de l'Allemagne.

(203) En vertu de l'article 87, paragraphe 3, point c), du traité CE, les aides peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun lorsqu'elles facilitent le développement de certaines activités économiques. Cette disposition pourrait en principe s'appliquer aussi aux aides à la restructuration dans le secteur bancaire. Dans le cas présent, toutefois, les conditions d'application de cette disposition dérogatoire ne sont pas réunies. La Helaba n'est pas reconnue comme une entreprise en difficulté, dont le retour à la rentabilité doit être soutenu par des aides d'État.

(204) L'article 86, paragraphe 2, du traité CE qui, sous certaines conditions, autorise des dérogations aux règles sur les aides d'État, est également applicable au secteur des services financiers. La Commission a confirmé ce principe dans son rapport sur les Services d'intérêt économique général dans

le secteur bancaire ([40]). En l'espèce, les conditions de forme ne sont pas satisfaites: aucune précision n'a été apportée ni sur les missions accomplies par la Helaba dans le cadre de la prestation de services d'intérêt économique général, ni sur les frais découlant de ces activités. Il est par conséquent manifeste que le transfert n'a pas de rapport avec une quelconque prestation de services d'intérêt économique général. C'est pourquoi cette disposition dérogatoire ne peut s'appliquer dans le cas présent.

(205) Étant donné qu'aucune des dérogations à l'interdiction de principe des aides d'État édictée à l'article 87, paragraphe 1, du traité CE, n'est applicable en l'espèce, l'aide en cause ne peut pas être considérée comme compatible avec le traité.

3. *ABSENCE D'AIDES EXISTANTES*

(206) Contrairement aux arguments avancés par l'Allemagne dans d'autres procédures impliquant des banques régionales, l'injection de capital ne peut pas non plus être considérée comme relevant des régimes existants relatifs à l'obligation de maintien en activité («*Anstaltslast*») et à l'obligation de garantie («*Gewährträgerhaftung*»), mais plutôt comme une nouvelle aide.

(207) D'une part, le critère de l'obligation de garantie, en vertu de laquelle le garant satisfait les créanciers lorsque le capital de la banque ne suffit plus pour couvrir leurs créances, n'est de toute façon pas pertinent en l'espèce. L'injection de capital ne vise pas à satisfaire les créanciers de la banque régionale, et le capital de celle-ci n'est pas non plus épuisé.

(208) D'autre part, le critère de l'obligation de maintien en activité n'est pas non plus applicable. Cette obligation contraint le propriétaire de l'organisme public, à savoir le Sparkassenverband Hessen-Thüringen, à doter la Helaba des fonds nécessaires à son bon fonctionnement, pour autant qu'il décide de la maintenir en activité. Or, au moment de l'injection de capital, la Helaba n'était en aucun cas dans une situation l'empêchant de fonctionner correctement, par exemple à cause de fonds propres insuffisants. En conséquence, l'injection de capital n'était pas nécessaire au maintien du bon fonctionnement de la banque régionale. Le calcul économique délibéré du Land, en tant que (co-)propriétaire, a ainsi permis à la banque régionale de profiter des nouvelles opportunités offertes sur le marché ouvert à la concurrence. L'obligation contraignante de maintien en activité n'est toutefois pas applicable à une décision économique aussi normale du Land. En l'absence de tout autre régime d'aides existant applicable au titre de l'article 87, paragraphe 1, et de l'article 88, paragraphe 1, du traité CE, cette injection de capital est à considérer comme une nouvelle aide au sens de l'article 87, paragraphe 1, et de l'article 88, paragraphe 3, du traité CE et doit donc être examinée en conséquence.

([40]) Ce rapport a été présenté au Conseil «Affaires économiques et financières» le 23 novembre 1998, mais il n'a pas été publié. Il est disponible auprès de la direction générale «Concurrence» de la Commission, de même que sur le site web de la Commission.

VII. **CONCLUSION**

(209) L'aide ne peut être considérée comme compatible avec le marché commun, ni en vertu de l'article 87, paragraphe 2 ou 3, ni en vertu d'autres dispositions du traité. Par conséquent, elle doit être déclarée incompatible avec le marché commun et le gouvernement allemand doit exiger la restitution de l'élément d'aide de la mesure illégale,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

1. La renonciation à une rémunération appropriée de 0,3 % par an (avant impôt sur les sociétés) pour la partie des capitaux du Land de Hesse transférée à la Landesbank Hessen-Thüringen — Girozentrale qui est utilisable par celle-ci comme garantie à compter du 31 décembre 1998, constitue une aide d'État incompatible avec le marché commun.

2. L'aide d'État décrite au paragraphe 1 s'élève à 6,09 millions d'euros pour la période allant du 31 décembre 1998 au 31 décembre 2003.

Article 2

1. L'Allemagne met fin à l'aide d'État décrite à l'article 1er, paragraphe 1, d'ici au 31 décembre 2004 au plus tard.

2. L'Allemagne prend toutes les mesures qui s'imposent pour exiger du bénéficiaire qu'il restitue l'aide décrite à l'article 1er, paragraphe 1, qui lui a été accordée illégalement. Le montant à restituer est ventilé comme suit:

a) pour la période du 31 décembre 1998 au 31 décembre 2003: le montant mentionné à l'article 1er, paragraphe 2;

b) pour la période du 1er janvier 2004 jusqu'à la date de suppression de l'aide: un montant déterminé sur la base de la méthode de calcul décrite à l'article 1er, paragraphe 1.

Article 3

La récupération s'effectue sans délai et conformément aux procédures du droit national, pour autant que celles-ci permettent l'exécution immédiate et effective de la présente décision.

Le montant à récupérer est porteur d'intérêts, qui courent de la date à laquelle les aides illégales ont été mises à la disposition du bénéficiaire jusqu'à la date de leur récupération.

Les intérêts sont calculés conformément aux dispositions du chapitre V du règlement (CE) nº 794/2004 de la Commission ([41]).

Article 4

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

Article 5

La République fédérale d'Allemagne est destinataire de la présente décision.

Bruxelles, le 20 octobre 2004.

Par la Commission

Neelie KROES

Membre de la Commission

([41]) JO L 140 du 30.4.2004, p. 1.