II

(Actes dont la publication n'est pas une condition de leur applicabilité)

COMMISSION

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 31 octobre 1995

relative à une aide d'État accordée par la ville de Hambourg à l'entreprise sidérurgique CECA Hamburger Stahlwerke GmbH de Hambourg

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

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

(96/236/CECA)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, et notamment son article 4 point c),

vu la décision n° 3855/91/CECA de la Commission, du 27 novembre 1991, instituant des règles communautaires pour les aides à la sidérurgie [1],

après avoir invité les autres États membres et les tiers intéressés à présenter leurs observations, conformément à l'article 6 paragraphe 4 de ladite décision,

vu les observations reçues,

considérant ce qui suit:

I

Le 6 juillet 1994, la Commission a décidé d'engager la procédure prévue à l'article 6 paragraphe 4 de la décision n° 3855/91/CECA (code des aides à la sidérurgie) à l'encontre d'un ensemble de mesures financières prises par la ville de Hambourg en faveur de l'entreprise Hamburger Stahlwerke GmbH (ci-après dénommée «HSW»). La Commission, sur la base des informations fournies par le gouvernement fédéral, en était arrivée à la conclusion qu'un prêt de 20 millions de marks allemands consenti par la Hamburgische Landesbank Girozentrale (ci-après dénommée «HLB») aux commanditaires de Protei Produktionsbeteiligungen GmbH & Co. KG (ci-après dénommée «Protei») et une ligne de crédit de 130 à 184 millions de marks allemands comprenant un crédit de soudure de 10 millions de marks allemands accordée à HSW par HLB de 1984 à 1994 étaient susceptibles de constituer une aide d'État incompatible avec le code des aides à la sidérurgie et le traité CECA.

Par lettre du 14 juillet 1994, la Commission a informé le gouvernement allemand de sa décision d'engager la procédure et l'a invité à lui présenter ses observations et à lui transmettre les informations complémentaires qu'elle jugeait nécessaires. La réponse des autorités allemandes du 8 septembre 1994 contenait des renseignements complémentaires relatifs aux mesures financières en cause, ainsi que divers arguments tendant à justifier l'opinion du gouvernement fédéral selon laquelle ces mesures ne constituent pas des aides d'État (voir la section III de la présente décision en ce qui concerne la présentation complète de la position que le gouvernement fédéral a exposée dans ses diverses communications).

Les autres États membres et les tiers intéressés ont été invités à se prononcer sur cette affaire par la publication au *Journal officiel des Communautés européennes* [2] de la lettre par laquelle la Commission a informé le gouvernement fédéral de sa décision d'engager la procédure.

[1] JO n° L 362 du 31. 12. 1991, p. 57.

[2] JO n° C 293 du 21. 10. 1994, p. 3.

La Commission a reçu les observations suivantes dans le cadre de ladite procédure:

— le gouvernement d'un État membre a indiqué qu'il considérait les mesures financières décrites dans la communication comme des aides d'État faussant la concurrence à l'intérieur de la Communauté au détriment des concurrents de HSW présents sur son territoire. Ce gouvernement a invité la Commission à examiner de manière approfondie toutes les transactions qui ont eu lieu entre HSW, HLB et la ville de Hambourg, en vue de vérifier leur compatibilité avec le code des aides à la sidérurgie,

— une importante entreprise sidérurgique européenne a affirmé que les mesures financières décrites dans la communication constituaient une aide illicite au régard du traité CECA et du code des aides à la sidérurgie. Cette entreprise a mis en doute la possibilité pour HSW d'être jamais économiquement viable, même après d'autres apports de capitaux, sa productivité étant, selon certaines sources, nettement inférieure à celles d'entreprises allemandes comparables,

— une fédération nationale de producteurs sidérurgiques a souligné que le prêt de 20 millions de marks allemands consenti aux commanditaires de Protei, qui a servi à constituer le capital initial de HSW en 1984, était illégal du seul fait qu'il n'avait pas été notifié préalablement à la Commission. Ladite fédération considère que les prêts accordés par HLB à HSW constituent, au moins en partie, des aides qui ont contribué à maintenir en activité pendant dix ans un important concurrent de certains de ses membres.

Ces commentaires ont été transmis au gouvernement fédéral par lettre du 5 janvier 1995 le priant de présenter ses observations à leur égard. Par lettre datée du même jour, la Commission a invité le gouvernement fédéral à lui faire parvenir des informations détaillées sur des communiqués de presse selon lesquels HLB aurait prorogé sa ligne de crédit à HSW après son expiration à la fin de 1994.

Par lettre du 11 janvier 1995, le gouvernement fédéral a informé la Commission que la ligne de crédit n'avait pas été prorogée et que HSW avait été vendue. Il annonçait également d'autres informations détaillées sur cette transaction. Par lettre du 7 février 1995, le gouvernement fédéral a communiqué à la Commission ses observations au sujet des commentaires émis par les autres États membres et les tiers intéressés et lui a transmis certaines informations relatives à la vente des parts de HSW à l'entreprise néerlandaise Venuda Investments BV (ci-après dénommée «Ispat»), qui appartient au groupe Ispat, dont le siège est à Djakarta (Indonésie).

Par lettre du 13 mars 1995, la Commission a demandé des renseignements complémentaires concernant la vente des parts et les mesures financières prises en rapport avec celle-ci par HLB et la ville de Hambourg. La réponse du gouvernement fédéral a été enregistrée le 28 avril 1995. Par lettre du 10 mai 1995, la Commission a demandé diverses informations supplémentaires, notamment des photocopies de certains documents qui, à l'exception d'un document classé confidentiel et à usage interne, lui ont été envoyées par lettre du 15 mai 1995. Le 22 mai 1995, un entretien a eu lieu à Bruxelles entre des représentants du Sénat à Hambourg, du gouvernement fédéral et de la Commission. Par lettre du 14 juin 1995, le gouvernement fédéral a transmis à la Commission certaines informations complémentaires et lui a présenté certains arguments, ainsi qu'une photocopie du dossier d'appel d'offres au moyen duquel la vente de HSW avait été engagée.

Le 20 juin 1995 a eu lieu à Hambourg un entretien entre des représentants du Sénat de Hambourg, du gouvernement fédéral et de la Commission, en vue de discuter de certains aspects de la vente de HSW et d'échanger quelques considérations sur l'appréciation de l'affaire. Par lettres des 25 juillet et 18 août 1995, les autorités allemandes ont communiqué à la Commission des informations supplémentaires sur le financement de HSW depuis 1984 et sur l'utilisation des aides autorisées par la Commission en 1984 et en 1985.

II

D'après les informations disponibles, les faits se présentent comme suit.

L'ancienne société Hamburger Stahlwerke GmbH avait été fondée en 1961 et avait commencé ses activités sidérurgiques en 1969. Elle a été déficitaire pendant toute la période 1969-1982, sauf en 1974 et en 1979.

Jusqu'en 1981, des pertes s'élevant au total à 204 millions de marks allemands avaient été couvertes par ses associés Korf Stahl AG et Ferrocontor Beteiligungsgesellschaft mbH. En 1982, l'entreprise a accusé une perte de 172 millions de marks allemands qui n'a pas été épongée par ses associés. Le 20 janvier 1983, la juridiction compétente a engagé la procédure de concordat. Le syndic a tenté de trouver un acquéreur, afin de permettre la poursuite de l'exploitation. Le 9 décembre 1983, le tribunal a engagé la procédure de liquidation des biens, le concordat ayant échoué.

HLB a acquis des parts de l'ancienne société Hamburger Stahlwerke GmbH à partir de 1972 et a constamment détenu, depuis 1974, 49 % des parts en fiducie, en tant que nantissement pour des crédits de trésorerie et d'investissement qui avaient été accordés sans garantie ou sûreté équivalente de la ville de Hambourg. À l'ouverture de la procédure de liquidation des biens, HLB détenait des créances d'un montant de 52 millions de marks allemands non garanties par la ville de Hambourg. D'autres créances, d'un montant de 129 millions de marks allemands, étaient quant à elles garanties par la ville de Hambourg, qui possédait de ce fait un droit de recours sur les actifs en liquidation. Le total des créances détenues par HLB et la ville de Hambourg sur l'ancienne société Hamburger Stahlwerke GmbH n'a pas été considéré comme créance exigible dans le cadre de la liquidation car un arrêt en dernière instance [1] avait considéré que HLB était, d'une part, un associé de l'ancienne société

[1] Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice), arrêt du 19 septembre 1988, réf. II ZR 255/87, in «Der Betrieb» 1988, p. 2141. Instances précédentes: Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal régional supérieur de Hambourg), jugement du 24 juillet 1987, réf. 11 U 182/86, in «Der Betrieb» 1987, p. 1778, et Landgericht Hamburg (Tribunal régional de Hambourg), jugement du 15 août 1986, réf. 3 O 288/84.

Hamburger Stahlwerke GmbH, et, d'autre part, la société fiduciaire de la ville de Hambourg. Cette conclusion de la Cour a eu pour conséquence juridique que tous les apports de trésorerie qui ont eu lieu après 1981, bien qu'ayant formellement été effectués sous la forme de prêts, devaient être considérés comme des fonds propres. Ces prêts ont été considérés comme des prêts participatifs. Les créances de HLB et de la ville de Hambourg n'auraient donc été satisfaites que si la liquidation de l'ancienne société Hamburger Stahlwerke GmbH avait donné lieu, dans le cadre de la procédure, à un excédent après le désintéressement de tous les créanciers privilégiés et non privilégiés.

Étant donné que le syndic du concordat, qui a ensuite été désigné comme curateur, avait déjà tenté sans succès de trouver un acquéreur pour l'usine dans le cadre du concordat, HLB et la ville de Hambourg ont décidé d'aider à la poursuite de l'exploitation en créant une nouvelle société qui reprendrait les actifs de l'ancienne société Hamburger Stahlwerke GmbH à leur valeur de continuation. Ce faisant, les deux créanciers s'attendaient, selon le gouvernement fédéral, à la possibilité de se voir rembourser au moins une partie de leur créance de plus de 181 millions de marks allemands.

Le curateur et le gérant de la société ont mis au point un plan de restructuration. Ils ont créé la société Protei Produktionsbeteiligungen GmbH & Co. KG et ont repris, au début de 1984, les activités et les actifs de l'ancienne société Hamburger Stahlwerke GmbH par l'intermédiaire de la société nouvellement constituée Neue Hamburger Stahlwerke GmbH, filiale à 100 % de Protei, rebaptisée au cours de la même année Hamburger Stahlwerke GmbH (HSW).

L'ancienne société Hamburger Stahlwerke GmbH a été liquidée. Le gouvernement fédéral a indiqué que la solution choisie, à savoir la poursuite de l'exploitation de l'ancienne Hamburger Stahlwerke GmbH par la société qui a repris le patrimoine, avait permis de réduire les pertes résultant du financement de l'ancienne société de 52 à moins de 5 millions de marks allemands dans le cas de HLB, c'est-à-dire d'environ 90 %, et de 129 à 52 millions de marks allemands, c'est-à-dire de 77 millions de marks allemands, soit environ 60 %, dans le cas de la ville de Hambourg.

Le capital social initial de Protei (20,2 millions de marks allemands) a été constitué par un prêt de 20 millions de marks allemands par HLB aux commanditaires de cette société, à savoir le curateur de la faillite et le gérant de HSW. La ville de Hambourg avait mis une somme de 20 millions de marks allemands à la disposition de HLB avec instruction de l'utiliser pour le prêt aux commanditaires de Protei. Une petite partie seulement du capital initial de Protei a été apportée directement par ses commanditaires, chacun ayant engagé 100 000 marks allemands. Le capital social initial de HSW, qui s'élevait également à 20,2 millions de marks allemands, a été constitué par son associé unique, Protei, qui a utilisé à cet effet les capitaux obtenus de la ville de Luxembourg par l'intermédiaire du curateur, du gérant et de HLB.

Le contrat conclu entre HLB, Protei, le gérant et le curateur prévoyait que le remboursement du principal et le versement des intérêts n'auraient lieu que si HSW faisait des bénéfices. Le taux d'intérêt a été fixé au taux d'escompte majoré de 7,5 % avec cependant un seuil de 15 % par an. Les parties sont convenues que les patrimoines privés du curateur et du gérant ne seraient pas affectés par le prêt, son remboursement et le versement des intérêts, et que toutes les charges fiscales et autres frais occasionnés par la participation de Protei dans HSW seraient remboursés par HLB. Protei a renoncé à son droit de participer à la distribution des bénéfices de HSW dans une proportion équivalente à celle de la somme prêtée par rapport au capital social total de HSW.

Le contrat prévoyait en outre que Protei devait poursuivre l'exploitation de HSW, qu'elle ne pouvait décider sans l'accord de HLB de mettre HSW en liquidation et que les décisions relatives à la gestion ou au conseil d'administration de l'entreprise étaient subordonnées à l'accord préalable de HLB. Le contrat prévoyait encore que Protei n'était pas habilitée à vendre des parts de HSW contre l'avis de HLB. Il a été convenu que Protei serait tenue, sur instruction de HLB, d'engager des négociations avec d'éventuels acquéreurs. HLB s'est réservé le droit de participer en tant qu'observateur à d'éventuelles négociations en vue de la vente de HSW.

Dans sa communication du 8 septembre 1994, le gouvernement fédéral a expliqué que l'économie du contrat, qui confère à HLB et la ville de Hambourg une influence déterminante sur la gestion de HSW, expose la ville, sans qu'elle soit propriétaire de l'entreprise, à un risque équivalent à celui que court un propriétaire engageant du capital à risque.

Entre 1984 et 1994, 2,8 millions de marks allemands ont été remboursés sur le principal et 2,7 millions de marks allemands ont été versés en intérêts à HLB sur le prêt de 20 millions de marks allemands. Le 19 juin 1986, HSW a procédé à une augmentation de son capital de 11,5 millions de marks allemands sur ses ressources propres.

Le plan de restructuration a été soutenu par des aides autorisées par la Commission (46 millions de marks allemands d'aides à l'investissement, à la fermeture, à la recherche et développement, à la couverture de pertes d'exploitation et une garantie d'État sur 40 millions de marks allemands). Finalement, HSW n'a reçu que 23,5 millions de marks allemands d'aides à l'investissement, à la fermeture et à la couverture de pertes d'exploitation. Le solde de 22,5 millions de marks allemands n'a pas été versé, car le gouvernement fédéral a refusé de payer sa partie de subventions à l'investissement, une partie des investissements soutenus ayant déjà été réalisés par l'ancienne société HSW et une autre partie n'ayant finalement pas été réalisée. Le gouvernement fédéral a également refusé de verser sa partie de 15 millions de marks allemands parce que les subventions pour pertes d'exploitation étaient destinées à des pertes de l'ancienne société HSW, qui se trouvait en liquidation, et non à des dépenses de la nouvelle société. Des garanties libérées pour un montant de 27 millions de marks allemands n'ont jamais été utilisées, HSW ayant choisi d'autres modes de financement.

En 1984, lorsque HSW a commencé ses activités, HLB lui a consenti une ligne de crédit de 130 millions de marks

allemands, sur la base de contrats annuels régulièrement prorogés. 60 % de la ligne de crédit (78 millions de marks allemands) ont été accordés sur ordre de la ville de Hambourg. Conformément à la législation allemande (article 778 du Bürgerliches Gesetzbuch, Code civil, ci-après dénommé «BGB»), la ville de Hambourg est tenue de dédommager la banque pour tous les frais qu'elle peut encourir pour exécuter l'ordre, comme si la banque avait obtenu une garantie pour ce crédit (articles 765 et suivants du BGB). La ligne de crédit a été garantie par une cession à titre de sûreté de l'actif circulant et des créances de HSW sur des tiers. Le gouvernement fédéral a informé la Commission que les sûretés avaient été évaluées comme suit entre 1984 et 1994:

Échéance	Montant des sûretés en millions de marks allemands	Sûretés en % de la ligne de crédit
30. 12. 1984	144,0	110,7
30. 12. 1985	157,2	120,9
30. 12. 1986	130,0	100,0
30. 12. 1987	144,1	110,8
30. 12. 1988	172,4	132,6
30. 12. 1989	174,7	134,3
30. 12. 1990	204,3	157,1
30. 12. 1991	167,0	128,4
30. 12. 1992	179,1	137,7
30. 12. 1993	208,4	138,9
30. 12. 1994	204,6	117,5

De 1984 à 1993, HSW a subi des pertes, sauf pendant quatre exercices. Les tableaux qui suivent montrent les résultats de l'activité normale de l'entreprise (en millions de marks allemands):

1984	+ 13,3
1985	− 2,6
1986	+ 1,3
1987	− 16,5
1988	− 5,7
1989	+ 15,7
1990	+ 8,9
1991	− 8,5
1992	− 19,8
1993	− 24,4

Jusqu'en 1992, la ligne de crédit de HLB n'a jamais été utilisée entièrement. Cette année-là, HSW a subi des pertes d'environ 20 millions de marks allemands; elle a eu besoin d'une prolongation de la ligne de crédit, qui expirait à la fin de l'année, et d'une ligne de crédit supplémentaire du même montant pour rester en activité. HLB, en tant que banque commerciale tenue à des pratiques commerciales saines, a refusé de prolonger la ligne de crédit. Sur ordre de la ville de Hambourg, elle a finalement consenti une rallonge de crédit de 20 millions de marks allemands en décembre, à la condition, exigée par la commission des crédits de la ville de Hambourg, que l'entreprise présente un plan de restructuration adéquat.

En 1993, HSW a enregistré des pertes de 24,4 millions de marks allemands. L'entreprise a eu besoin d'une prorogation supplémentaire de la ligne de crédit allongée de 150 millions de marks allemands expirant à la fin de l'année, ainsi qu'une nouvelle augmentation du crédit pour poursuivre ses activités. La direction de HLB a refusé de proroger la ligne de crédit. La banque n'était même pas disposée à poursuivre son engagement précédent, qui n'était pas couvert par l'ordre de crédit de la ville de Hambourg à hauteur de 52 millions de marks allemands. La ville de Hambourg a donné l'ordre à HLB de proroger la ligne de crédit avec effet au 1er janvier 1994 et d'accorder à l'entreprise un supplément de crédit de 24 millions de marks allemands assorti d'un crédit de soudure de 10 millions de marks allemands. La totalité de la ligne de crédit, y compris le crédit de soudure, était donc couverte par l'obligation de la ville de Hambourg de rembourser à la banque tous les frais liés au contrat. La ville de Hambourg a ainsi assumé la totalité du risque économique lié aux prêts accordés à l'entreprise.

Un rapport d'experts établi en janvier 1994 à la demande de la commission des crédits de la ville de Hambourg indiquait que, en cas de faillite de HSW, la ville subirait une perte d'envrion 200 millions de marks allemands. Selon les auteurs du rapport, la privatisation de l'entreprise représentait la meilleure solution, car les dépenses des finances municipales seraient alors moins importantes «que dans le cas d'un soutien jusqu'à l'assainissement». Il a été décidé d'entamer des négociations avec des acheteurs potentiels, afin de récupérer à terme au moins une partie des prêts.

En février 1994, Protei a transféré sa participation dans HSW au gérant de l'entreprise. En contrepartie, celui-ci a endossé vis-à-vis de HLB les engagements restants de 17,2 millions de marks allemands sur le prêt de capital social de 20 millions de marks allemands et a dû régler un prix d'achat de 275 000 marks allemands seulement. Ce prix d'achat a été payé grâce à un prêt consenti par HLB. Le droit a également été reconnu au gérant de rembourser les prêts en transférant sa participation dans HSW à HLB, indépendamment du point de savoir si la valeur des parts serait suffisante pour satisfaire les créances de la banque.

En août 1994, peu avant que la Commission décide d'engager la présente procédure, une banque d'investissement privée, chargée par la ville de Hambourg d'organiser et de coordonner la vente de HSW, a rédigé un appel d'offres invitant des entreprises sidérugiques allemandes et internationales à soumissionner pour le rachat de HSW. Le dossier d'appel d'offres informait les candidats potentiels que le gérant avait habilité la ville de Hambourg à disposer des parts de HSW et que la ville, aidée par la banque d'investissement, procédait à la vente de l'entreprise.

Par contrat du 27 décembre 1994, HSW a été rachetée par Ispat. Le transfert des parts a pris effet au 1er janvier 1995. Le prix d'achat des parts, de 10 millions de marks allemands, a été versé au gérant, qui a immédiatement transmis ce montant à HLB. Sur instruction de la banque, qui pouvait exiger du gérant la cession des parts de la société, il a cédé ces parts à Ispat, éteignant de la sorte les créances de la banque résultant du prêt de 20 millions de marks allemands de 1984 et du prêt de 275 000 marks allemands qui lui avait été consenti pour le paiement du prix d'achat des parts de HSW.

Dans le courant de l'année 1994, la ligne de crédit a été utilisée presque totalement. Le 15 septembre 1994, par exemple, HSW en a utilisé 173,7 millions de marks allemands. Au 30 décembre 1994, l'entreprise avait utilisé la ligne de crédit à hauteur de 166,7 millions de marks allemands. Au 31 décembre 1994, HLB détenait sur HSW une créance de 154,1 millions de marks allemands relative à la ligne de crédit, totalement garantie par l'ordre de la ville de Hambourg. Le gouvernement fédéral n'a pas expliqué comment et pourquoi l'utilisation de la ligne de crédit a été réduite du 30 au 31 décembre. Il n'a pas informé la Commission de l'utilisation ou non du crédit de soudure de 10 millions de marks allemands.

Le jour où le contrat conclu entre Ispat et le gérant portant sur la cession des parts a été authentifié, HLB et Ispat signaient un contrat distinct, réglant la cession à Ispat des créances de HLB sur HSW résultant de la ligne de crédit, qui constitue la partie la plus importante des accords contractuels relatifs à la vente de HSW. Le contrat entre HLB et Ispat a été rédigé sur un modèle très proche des contrats-types qu'utilisait la Treuhandanstalt, l'office de droit public qui avait été chargé de la privatisation des anciennes entreprises d'État en Allemagne de l'Est. Il est stipulé dans l'introduction du contrat que la ville de Hambourg «attache un grand intérêt à la poursuite des activités de HSW et, par ce biais, à la préservation de l'emploi». On y lit encore que les fonds propres de HSW ont une valeur négative et que «dans les circonstances actuelles, un apport de trésorerie supplémentaire par HLB n'est pas envisageable». HSW y apparaît donc virtuellement en état de liquidation judiciaire.

Le contrat indique également que les prêts consentis par HLB doivent être considérés comme des prêts participatifs, c'est-à-dire que, en cas de faillite de l'entreprise, ils ne doivent pas être traités comme des créances exigibles, mais comme des fonds propres apportés à l'entreprise par un associé à un moment où elle avait besoin de ce capital supplémentaire pour éviter la faillite. Selon les dispositions du contrat, la créance totale de HLB sur HSW est cédée à Ispat à un prix à déterminer grâce à une formule complexe. Le montant obtenu par cette formule est désigné par les termes «valeur de liquidation et de cessation d'activité». C'est le montant qu'Ispat pourrait obtenir si elle décidait de ne pas poursuivre l'exploitation de HSW et de réaliser directement tous les biens d'équipement, les stocks et les créances. Le prix d'achat fixé selon cette formule est minoré des frais de licenciement de 100 membres du personnel et de la direction de HSW au maximum, des frais de fermeture de deux filiales et de certains frais d'exécution du contrat. Le contrat stipule également qu'Ispat s'attend à être libérée de toutes les dettes relatives à des pollutions anciennes sur le terrain utilisé par HSW. HLB a accepté que les frais d'assainissement du terrain soient déduits du prix d'achat si ces dettes n'étaient pas annulées. Les autorités allemandes estiment que le prix d'achat, qui n'a pas encore été définitivement fixé, se situe entre 44 et 74 millions de marks allemands (entre 28 et 48 % du montant utilisé sur la ligne de crédit de HLB). Ispat ne serait pas tenue de verser elle-même le prix d'achat directement. Il serait mis à sa disposition sur un compte de crédit de HLB garanti par une garantie bancaire à constituer par Ispat. Ce compte ne pourrait être résilié avant le 31 décembre 1995.

Le contrat dispose que l'acquéreuse doit poursuivre l'exploitation de HSW au niveau de la production moyenne de 1994. Elle est tenue de veiller à ce que HSW produise principalement de l'acier fin et elle doit réaliser des investissements d'au moins 70 millions de marks allemands. Elle doit en outre assurer le maintien de 630 emplois, garder une participation majoritaire au moins jusqu'au 31 décembre 1999 et apporter 30 millions de marks allemands de fonds propres. L'acquéreuse doit également accepter que HLB surveille le respect de ces obligations, qui courent jusqu'au 31 décembre 1999, et qui sont garanties par des sanctions prévues dans le contrat.

En ce qui concerne la présente procédure, ouverte en juillet 1994, les parties sont convenues d'agir pour toute voie utile, contre toute mesure prise par la Commission concernant les crédits ou leur garantie par la ville de Hambourg, et si nécessaire, d'adapter le contrat pour garantir la survie de HSW. HLB a pris acte de ce que «Ispat et HSW n'assumeront pas les charges financières qui pourraient éventuellement leur incomber en vertu d'une décision».

III

Le gouvernement fédéral est d'avis que les mesures financières prises par la ville de Hambourg et Par HLB vis-à-vis de HSW ne constituent pas des aides d'État.

En ce qui concerne le prêt de 20 millions de marks allemands consenti par l'apport du capital social initial de HSW, le gouvernement allemand admet que l'État avait en l'espèce assumé un risque financier équivalant à celui d'un propriétaire engageant du capital à risque, tout en estimant que, à cette époque, un investisseur en économie de marché aurait agi de la même façon.

À l'issue de la liquidation des biens de l'ancienne société Hamburger Stahlwerke GmbH, la ville de Hambourg et HLB détenaient des créances sur 181 millions de marks allemands que la juridiction compétente a considéré comme provenant de prêts participatifs. En conséquence, les deux créanciers n'auraient été remboursés que si la masse des créanciers, privilégiés et non privilégiés, avaient été désintéressés dans le cadre de la procédure de liquidation des biens. Le syndic du concordat, qui est aussi le curateur de la faillite, avait déjà tenté, sans succès, de trouver un acquéreur qui aurait été disposé à poursuivre l'exploitation. Lors de l'ouverture de la procédure de liquidation des biens, la ville de Hambourg et HLB ont décidé de soutenir le rachat de l'entreprise sur la base de sa valeur de continuation, afin de faire augmenter le patrimoine en liquidation suffisamment pour permettre que, en définitive, une partie au moins des créances puisse être remboursée. Les autorités allemandes pensent que dans une telle situation, un investisseur privé aurait également libéré les fonds nécessaires à la continuation de la société.

Le gouvernement fédéral estime en outre qu'il y a lieu de considérer que le prêt de 20 millions de marks allemands consenti sur ordre de la ville de Hambourg est couvert par les décisions de la Commission de 1984 et de 1985, en vertu desquelles des garanties d'État avaient été autorisées à hauteur de 40 millions de marks allemands. Des garanties autorisées d'un montant de 27 millions de marks allemands n'ont jamais été utilisées, l'entreprise ayant privilégié d'autres formes de financement.

En ce qui concerne la ligne de crédit, les autorités allemandes soulignent qu'elle a toujours été couverte par des sûretés qu'une banque privée aurait également jugées suffisantes pour une ligne de crédit équivalente. Selon le gouvernement allemand, la banque publique HLB n'a été choisie que parce qu'elle est à même, du fait de sa position particulière, d'offrir de meilleures conditions. Le fait que 60 % de la ligne de crédit aient été couverts dès le départ par l'ordre de la ville de Hambourg a été expliqué par l'impossibilité pour HSW de constituer des sûretés immobilières car elle ne possède pas de terrain en propre. HLB a la réputation, selon le gouvernement fédéral, d'être une banque particulièrement prudente qui attache une grande importance à exclure le moindre risque lié à ses opérations. Le fait que HLB ait exigé une garantie supplémentaire avec l'ordre de crédit de la ville de Hambourg n'est pas l'indice, toujours selon le gouvernement allemand, qu'une banque privée n'aurait pas accordé une telle ligne de crédit sans une garantie équivalente. Il conviendrait par conséquent de ne considérer l'ordre de crédit de la ville de Hambourg que comme un transfert du risque de HLB vers elle, opération qui n'aurait qu'un effet interne sur le budget de la ville mais qui n'aurait aucun rapport avec HSW. C'est pourquoi, estime le gouvernement fédéral, la ligne de crédit ne constitue pas une aide d'État, en tout cas pendant la période de 1984 à 1992.

Concernant l'allongement de la ligne de crédit de 20 millions de marks allemands en décembre 1992 sur ordre de la ville de Hambourg, le risque étant totalement assumé par les pouvoirs publics, le gouvernement fédéral a souligné que HLB était placée devant l'alternative suivante: soit consentir l'allongement de la ligne de crédit nécessaire à la poursuite de l'exploitation de HSW, soit amortir la totalité de son engagement en le considérant comme irrecouvrable. L'ordre de crédit de la ville de Hambourg, qui couvre l'engagement de HLB comme une garantie, ne doit être considéré, selon le gouvernement fédéral, que comme l'effort fourni par la ville de Hambourg pour préserver sa filiale HLB des risques que comporte la jurisprudence en matière de prêts participatifs. Ce n'est pas l'ordre de crédit, affirme le gouvernement fédéral, qui a incité la banque, en décembre 1992, à allonger la ligne de crédit. Une banque privée qui aurait le choix d'entre, d'une part, poursuivre et étendre son engagement et, d'autre part, perdre la totalité de son financement aurait, estime-t-il, pris la même décision.

Au sujet de la prorogation de la ligne de crédit en décembre 1993, de son augmentation de 24 millions de marks allemands et de l'octroi d'un crédit de soudure de 10 millions de marks allemands ainsi que de l'extension de l'ordre de crédit de la ville de Hambourg à la totalité du financement de HSW, le gouvernement fédéral estime que ce comportement de la ville se justifie par la nécessité de transférer l'entreprise au secteur privé dans des conditions commerciales et sociales acceptables.

HLB n'était pas disposée à poursuivre son engagement financier, y compris en ce qui concerne le montant de 52 millions de marks allemands qu'elle avait prêté auparavant, et qui était garanti sur l'actif circulant de HSW. Le gouvernement fédéral explique cette attitude par un nouvel arrêt [1] relatif aux prêts participatifs ayant eu pour conséquence de transformer l'intégralité du crédit accordé par HLB en ce type de prêt, qui serait totalement perdu en cas de faillite.

La ville de Hambourg, exposée au même risque par son engagement portant sur 98 millions de marks allemands, a décidé de libérer le financement nécessaire, en vue de permettre au moins un remboursement partiel des prêts et la continuation de l'entreprise après le transfert régulier de l'entreprise et du risque correspondant au secteur privé. Le gouvernement fédéral estime que cet engagement de la ville de Hambourg est comparable à un investissement à haut risque *(junk bond)*, qui serait disponible, selon certaines sources, à un taux d'intérêt de 15 % sur le marché financier américain. Si l'ensemble du financement de HSW après décembre 1993 devait constituer une aide d'État, le montant en question serait limité, selon le gouvernement fédéral, à ce taux d'intérêt, l'entreprise ayant eu la possibilité de recourir aux *junk bonds* américains pour son financement.

[1] Cet arrêt de la Cour fédérale de justice du 13 juillet 1992, publié le 2 octobre 1992 dans «Der Betrieb» 1992, p. 2026, portait sur une affaire, sans lien avec la présente procédure, dans laquelle un prêteur se trouvait avec l'emprunteur dans un rapport contractuel semblable à celui qui unit HLB et HSW.

Le gouvernement fédéral a présenté, à titre complémentaire, les mêmes arguments que pour l'allongement de la ligne de crédit de 20 millions de marks allemands en décembre 1992. Il est d'avis qu'une banque privée aurait agi comme la ville de Hambourg lorsque celle-ci a décidé de garantir toute la ligne de crédit augmentée de 24 millions de marks allemands et d'un crédit de soudure de 10 millions de marks allemands.

IV

Hamburger Stahlwerke GmbH est une entreprise relevant de l'article 80 du traité CECA, car elle fabrique des produits énumérés à l'annexe I du traité. Le traité CECA et le code des aides à la sidérurgie sont donc applicables.

Une aide d'État au sens de l'article 4 point c) du traité CECA consiste, notamment, en tout transfert de fonds publics à des entreprises sidérurgiques publiques ou privées sous la forme de participations, d'apports en capital ou d'autres mesures financières similaires, si ce transfert ne constitue pas un apport de capital à risque conforme à une pratique d'investissement normale dans l'entreprise en question dans la perspective d'un rendement ultérieur ou d'une autre forme de rentabilité [1].

Depuis sa fondation en 1984, Hamburger Stahlwerke GmbH a été *de facto* une entreprise publique. L'État a constitué l'intégralité du capital social et l'a apporté à l'entreprise par l'intermédiaire de HLB, du curateur, du gérant et de Protei. Le gérant et le curateur, les deux seuls commanditaires de contrôle de Protei, elle-même associé unique de HSW et qui en assumait également la gestion, étaient tenus par des obligations strictes, découlant du contrat conclu avec HLB, qui leur retiraient l'essentiel des droits que leur confère normalement leur position d'associé.

Par le système de contrats signés en 1984, la ville de Hambourg s'est assuré le contrôle de HSW, par l'intermédiaire de HLB. Conformément à son article 83, le traité CECA ne préjuge toutefois en rien le régime de propriété des entreprises soumises à ses dispositions. Les États membres sont libres d'exploiter des entreprises sidérurgiques sous le contrôle du secteur public.

En ce qui concerne le prêt de 20 millions de marks allemands consenti par la ville de Hambourg à Protei par le biais de HLB pour constituer le capital social initial de HSW, il convient de constater qu'il est équivalent à l'apport direct de fonds propres. Le contrat conclu entre la banque publique, agissant sur instruction de la ville de Hambourg, et les emprunteurs prévoyait que l'État n'obtiendrait le remboursement du principal et des intérêts que si HSW faisait des bénéfices. En vertu de ces dispositions, 2,8 millions de marks allemands de principal et 2,7 millions d'intérêts seulement ont été remboursés sur une période de dix ans. La vente des parts obtenues à titre de dédommagement a couvert un montant supplémentaire de 10 millions de marks allemands, de sorte que la perte finale de la ville de Hambourg dans le cadre du prêt de capital social s'élève, sans tenir compte des intérêts normaux, à 4,5 millions de marks allemands. Les dispositions relatives au remboursement du principal et des intérêts du prêt de capital social correspondent aux dividendes auxquels doit prétendre un investisseur apportant du capital à risque dans une société à responsabilité limitée. Le prêt doit donc être considéré comme un apport de fonds propres.

L'argument du gouvernement fédéral selon lequel un investisseur privé aurait également été prêt à mettre du capital à risque à la disposition de HSW en vue de poursuivre l'exploitation de l'ancienne société Hamburger Stahlwerke GmbH n'est pas convaincant. La Commission, lorsqu'elle a examiné si, dans un cas donné, la mise à disposition de fonds publics correspondait à la pratique normale dans une économie de marché, s'est toujours fondée sur le comportement d'investisseurs privés se trouvant dans une situation rigoureusement identique à celle de l'État. Le syndic du concordat avait essayé pendant un an, sans succès, de trouver un investisseur privé pour reprendre les activités de l'entreprise. Les réactions des investisseurs approchés dans le cadre de ces efforts pour trouver un repreneur montrent qu'un investisseur privé qui ne se serait pas trouvé dans un rapport journalier avec l'ancienne société Hamburger Stahlwerke GmbH n'aurait pas offert de capital à risque pour financer une société de continuation.

Lorsqu'en 1984, la Commission a examiné les aides liées au plan de restructuration présenté par le gouvernement fédéral, elle avait considéré que l'entreprise était viable sur la foi de l'intention présumée de l'investisseur privé Protei d'apporter des fonds propres. Les aides, grâce auxquelles l'entreprise avait été jugée économiquement viable, étaient limitées, quantitativement, au montant considéré comme nécessaire à la restructuration de HSW. Qu'il ait été impossible, malgré la perspective d'obtenir ces aides considérables (l'intention d'accorder ces aides avait été notifiée à la Commission dès 1982), de trouver un investisseur privé disposé à reprendre les activités de l'ancienne société Hamburger Stahlwerke GmbH met en évidence le fait qu'un investisseur privé n'aurait pas été prêt à engager du capital à risque.

Le fait que HLB ait également participé au financement de la nouvelle société HSW confirme cette appréciation. La banque n'a pas consenti les prêts liés à la ligne de crédit à des conditions qui permettraient de les considérer dès le départ comme équivalents à des fonds propres.

[1] Voir Cour de justice des Communautés européennes, affaire C 40/85, Belgique contre Commission, Recueil 1986, p. 2321 et 2345; affaire C 303/84, Italie contre Commission, Recueil 1991, p. I-1433 et I-1476 (arrêt «ENI-Lanerossi»); décision n° 3855/91/CECA de la Commission, du 27 novembre 1991, JO n° L 362 du 31. 12. 1991, p. 57, partie II cinquième paragraphe; communication de la Commission aux États membres relative aux entreprises publiques, JO n° C 307 du 13. 11. 1993, p. 3, points 10 à 21.

HSW a également dû payer des intérêts les années où elle n'a pas réalisé de bénéfices. La banque a en outre obtenu des sûretés pour la couverture de son prêt qui étaient valables au moins aussi longtemps que le prêt ne devait pas être considéré comme un prêt participatif.

Il en résulte que le prêt de 20 millions de marks allemands consenti par la ville de Hambourg par l'intermédiaire de HLB et de Protei pour la formation des fonds propres initiaux de HSW constitue une aide d'État.

La Commission a autorisé, en 1984 et en 1985, des garanties d'État en faveur de HSW à concurrence de 40 millions de marks allemands. Sur ce montant, des garanties représentant au maximum 27 millions de marks allemand n'ont jamais été utilisées. Le droit allemand prévoyant qu'un ordre de crédit entraîne la responsabilité du donneur d'ordre selon les dispositions applicables aux garanties (articles 778, 765 et suivants du BGB), l'ordre de crédit de la ville de Hambourg peut être assimilé à une garantie. L'obligation qui naît de l'ordre est la même que celle qui découle d'une garantie. L'aide d'État liée au prêt de capital social de 20 millions de marks allemands est par conséquent couverte par les autorisations données par la Commission en 1984 et en 1985.

En ce qui concerne la ligne de crédit accordée par HLB depuis 1984, qui est largement couverte par l'ordre de crédit de la ville de Hambourg, il semble opportun d'examiner d'abord la nature des mesures financières prises en rapport avec la création de la nouvelle société HSW en tant que société de continuation.

À l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire de l'ancienne société HSW, il est apparu que les créances de 52 millions de marks allemands et de 129 millions de marks allemands que HLB et la ville de Hambourg détenaient respectivement sur l'entreprise ne seraient pas satisfaites.

La cause en était que les prêts de la ville comme ceux de HLB avaient été considérés comme participatifs, avec la conséquence qu'ils ne pouvaient être remboursés dans le cadre de la procédure de liquidation qu'après désintéressement de tous les créanciers privilégiés et ordinaires. La fermeture de l'entreprise aurait occasionné les frais de libération du terrain et des coûts sociaux et aurait conduit à la vente du patrimoine à sa valeur de démantèlement, qui est nettement inférieure à la valeur de continuation.

Dans ces circonstances, HLB était disposée à participer au financement de la nouvelle société HSW sous la forme de prêts, afin d'obtenir au moins le recouvrement partiel de ses créances. Finalement, 90 % des 52 millions de marks allemands à recouvrer ont été remboursés. La décision de HLB de mettre à la disposition de l'entreprise, en assumant seule le risque, un prêt portant sur la même somme, c'est-à-dire 52 millions de marks allemands, en vue de financer un montage menant à ce résultat paraît économiquement raisonnable.

La ville de Hambourg a consenti, par l'intermédiaire de HLB, le prêt de capital social de 20 millions de marks allemands, garanti 78 millions de marks allemands de la ligne de crédit pour le financement des activités de la nouvelle société HSW et proposé de financer elle-même des aides d'environ 23,5 millions de marks allemands (le solde des aides devait être financé sur le budget fédéral). Elle a également proposé des garanties à concurrence de 40 millions de marks allemands. Le total des contributions de la ville de Hambourg s'élève donc à environ 121,5 millions de marks allemands sans les garanties.

Il ressort de ces éléments que la seule intention de HLB et de la ville de Hambourg était de mettre à la disposition de l'entreprise un montant correspondant à leurs créances, en vue de poursuivre l'exploitation dans le cadre d'une société de continuation, et, par ce biais, de trouver une issue permettant d'éviter les frais supplémentaires liés à la fermeture.

HLB a finalement obtenu le remboursement de 90 % de sa créance arriérée sur l'ancienne société HSW, et la ville de Hambourg, 60 %. La différence essentielle entre ces deux créances résidait cependant dans la structure des sûretés que les deux créanciers avaient obtenues pour garantir la ligne de crédit. HLB, qui était formellement aussi le prêteur de la partie de 78 millions de marks allemands de la ligne de crédit accordée sur ordre de la ville de Hambourg, bénéficiait de la cession à titre de sûreté de l'actif circulant et du transfert à titre de sûreté des créances de HSW. Étant donné que l'ordre de crédit de la ville de Hambourg obligeait celle-ci à défrayer HLB pour toutes les dépenses liées à la partie de 78 millions de marks allemands de la ligne de crédit, les sûretés n'auraient couvert cette partie qu'à condition que leur valeur dépassât le montant du prêt consenti par HLB sous sa propre responsabilité, et uniquement à concurrence de cette différence. Ces sûretés ayant été estimées, à la valeur de continuation, entre 144 millions de marks allemands en 1984 et 204 millions de marks allemands en 1994, on peut supposer que la valeur de démantèlement a toujours dépassé 52 millions de marks allemands. Le fait que le prix d'achat fixé pour Ispat selon la formule retenue dans le contrat se situe aujourd'hui entre 44 et 74 millions de marks allemands vient à l'appui de cette conclusion. HLB a accordé la ligne de crédit avec des garanties lui assurant toujours la satisfaction prioritaire de ses créances avant que la ville de Hambourg puisse tirer profit des sûretés constituées.

Entre 1984 et 1992, à l'époque où la ligne de crédit à renouvellement automatique était accordée et régulièrement reconduite, la nouvelle société HSW n'éprouvait pas des difficultés financières telles qu'un nouvel apport de capital par ses associés ait été nécessaire pour éviter la faillite. L'entreprise disposait de fonds propres suffisants pour couvrir en partie ses activités déficitaires. HLB n'avait donc pas de raisons de craindre de perdre les sûretés du fait de l'appréciation juridique portée sur les prêts participatifs, bien que le système de contrats élaboré pour la constitution de la nouvelle société HSW ait été une tentative manifeste de tourner la situation juridique en question.

Le calcul initial de HLB et de la ville de Hambourg en ce qui concerne la possibilité d'obtenir le recouvrement des créances impayées détenues sur l'ancienne société HSW s'est avéré exact. HLB a obtenu le remboursement de 90 % de sa créance, qui n'était pas garantie sur le patrimoine de l'ancienne société dans la procédure de liquidation judiciaire, et a remplacé celle-ci par une nouvelle créance du même montant sur la base de la ligne de crédit accordée sous sa seule responsabilité, qui était cependant garantie, à ce moment, par la nouvelle société HSW. Ce n'est que si la situation financière de HSW s'était dégradée dans une mesure nécessitant l'apport de nouveaux fonds propres que HLB aurait dû s'attendre à des difficultés équivalentes à celles de la faillite de l'ancienne société, car la jurisprudence relative aux prêts participatifs serait alors devenue applicable. Au moment où HLB a consenti la ligne de crédit, elle pouvait donc s'appuyer sur deux éléments essentiels: d'une part, le système de contrats élaboré pour la constitution de la nouvelle société HSW n'était pas encore largement considéré, à cette époque, comme une possibilité de tourner les dispositions relatives aux prêts participatifs, de sorte que, en cas de faillite, c'est au curateur que serait incombé le risque de déclencher un procès sur ce point. D'autre part, et il s'agit en l'espèce d'un élément encore plus important, la ville de Hambourg avait clairement fait part de son intention de maintenir la nouvelle société en activité afin de garantir les emplois. HLB pouvait raisonnablement supposer que la ville aurait été prête, en cas de détérioration de la situation financière de HSW, à venir en aide à l'entreprise.

Le comportement de la ville de Hambourg en décembre 1992 et en décembre 1993 vient à l'appui de ces considérations. À cette époque, HSW a été confrontée à des difficultés financières et a eu besoin d'un supplément de trésorerie pour poursuivre ses activités. En décembre 1992, HSW a eu besoin d'un allongement de 20 millions de marks allemands de sa ligne de crédit, après qu'elle avait subi des pertes de 8,5 et de 19,8 millions de marks allemands respectivement en 1991 et en 1992. HLB et la ville de Hambourg devaient prendre une décision sur la prolongation et l'allongement demandés de la ligne de crédit. HL a décidé, assumant seule le risque, sans être couverte par l'ordre de crédit de la ville, de proroger la ligne de crédit de 52 millions de marks allemands, mais a refusé de participer à un allongement. La ville de Hambourg a décidé, quant à elle, non seulement de renouveler l'ordre de crédit relatif à la partie de 78 millions de marks allemands, mais d'ordonner à HLB d'accorder à l'entreprise l'allongement demandé de 20 millions de marks allemands. La ville portait de la sorte de 60 à 65,4 % sa couverture du risque lié à la ligne de crédit.

Le comportement de HLB apparaît compréhensible sur la base des considérations relatives aux conditions dans lequelles la nouvelle société HSW a été constituée. HLB s'était déclarée prête à libérer 52 millions de marks allemands sur la ligne de crédit, c'est-à-dire le même montant qu'elle escomptait récupérer par la solution, qu'elle avait financée, de continuation de l'entreprise. En décembre 1992, huit ans après l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire du patrimoine de l'ancienne société HSW, il apparaissait déjà clairement que les plans de HLB avaient, jusque-là, réussi, puisqu'elle avait recouvré 90 % de sa créance sur l'ancienne société. Elle n'avait manifestement pas l'intention de mettre des fonds supplémentaires à la disposition de la nouvelle société HSW, vu, particulièrement, la situation très critique de l'ensemble du marché européen de l'acier, et elle a par conséquent refusé d'allonger la ligne de crédit sans être couverte.

L'argument du gouvernement fédéral selon lequel une banque privée aurait accordé l'extension nécessaire de la ligne de crédit parce que, dans le cas contraire, l'ensemble du prêt aurait été perdu, n'est pas convaincant. L'engagement consenti par HLB dans l'octroi d'une partie de la ligne de crédit en faveur de HSW n'a été comparable à aucun moment à un prêt d'une banque privée normale finançant les activités d'une entreprise. Le comportement adopté par la banque et la ville en décembre 1992 confirme la conclusion exposée ci-dessus selon laquelle HLB se fondait sur l'intention déclarée de la ville de Hambourg de maintenir HSW en exploitation en tant qu'activité industrielle essentielle.

L'argument du gouvernement fédéral selon lequel HSW n'a pas tiré profit de l'ordre de crédit supplémentaire n'est pas fondé. Les autorités allemandes ont expliqué que l'entreprise avait besoin du montant en question pour éviter l'incapacité de paiement. HLB ayant déjà fait constituer à son profit toutes les sûretés possibles, l'entreprise n'aurait pas trouvé de banque privée normale qui lui aurait consenti les prêts supplémentaires. La couverture du crédit supplémentaire de 20 millions de marks allemands n'était pas un simple transfert de risque entre HLB et la ville de Hambourg dans le but d'éviter des difficultés financières à la banque. L'allongement de la ligne de crédit a été déterminant pour la survie de HSW à ce moment, et il a donc été consenti à l'avantage direct de l'entreprise.

En 1993, HSW a à nouveau enregistré un résultat d'exploitation négatif de 24,4 millions de marks allemands, une perte supérieure à toutes celles subies depuis sa fondation en 1984. Les experts mandatés par la commission des crédits de la ville de Hambourg en vue de préparer sa décision ont constaté, en décembre 1993/janvier 1994, que HSW était à la limite du dépôt de bilan et qu'une privatisation de l'entreprise était le meilleur moyen de limiter les pertes de la ville de Hambourg et de conserver les emplois.

HLB et la ville devaient à nouveau se prononcer sur la prorogation de la ligne de crédit à renouvellement automatique et sur l'attribution de l'allongement nécessaire de 24 millions de marks allemands. HLB a décidé de ne pas proroger la ligne de crédit qu'elle avait accordée sans être couverte et d'arrêter le financement de l'entreprise. La ville de Hambourg, en revanche, a décidé de prendre à sa charge la totalité du risque économique lié à HSW et a donné l'ordre à HLB de mettre à la disposition de l'entreprise, à partir de janvier 1994, une ligne de crédit de 174 millions de marks allemands, ainsi qu'un crédit de soudure de 10 millions de marks allemands.

Le gouvernement fédéral estime que la décision de la banque reposait essentiellement sur un arrêt récemment publié en vertu duquel les prêts qu'elle avait consentis

devaient être considérés comme des prêts participatifs. Cette argumentation ne convainc pas.

L'arrêt en question avait déjà été publié le 2 octobre 1992 dans une revue juridique spécialisée largement diffusée, c'est-à-dire avant la décision de HLB de proroger la ligne de crédit de 52 millions de marks allemands en décembre 1992. Il est en outre improbable que la direction de HLB n'ait pas remarqué que le système de contrats conçu en 1984 n'était rien d'autre qu'une tentative d'éviter d'avoir une nouvelle fois des problèmes avec la législation relative aux prêts participatifs, comme HLB en avait connus dans la procédure de liquidation judiciaire de l'ancienne société HSW. L'expérience de la faillite de l'ancienne société avait montré que tout financement de HSW dans une situation financière difficile, combiné à une certaine proximité avec les associés ou avec toute position d'associé de fait aurait pour conséquence, en cas de faillite, de faire assimiler les prêts à des fonds propres. Le système contractuel échafaudé pour la constitution de la nouvelle société HSW induit cette position d'associé de fait, le véritable associé, Protei, s'étant dépouillé de ses droits essentiels d'associé au profit de la banque. Celle-ci avait, comme exposé ci-dessus, une influence déterminante sur le sort de l'entreprise. La différence entre cette position et celle d'associé fiduciaire n'est pas pertinente, surtout si l'on tient compte des motivations économiques de la jurisprudence allemande en matière de prêts participatifs.

Ce système contractuel avait manifestement pour objet de tourner les dispositions relatives à la substitution de capital, bien que celles-ci prévoient des mesures de sauvegarde efficaces contre tout type de fraude. Un curateur normal aurait pu exposer sans difficulté cette tentative de fraude devant une juridiction civile. Il apparaît donc raisonnable d'admettre que la direction de la banque savait depuis le début que, en cas de faillite, les sûretés auraient été pour le moins gravement compromises. Elle ne s'attendait pas, toutefois, à être confrontée à la faillite, car la ville était prête, le cas échéant, à maintenir l'entreprise en activité. Cependant, comme le rapport d'experts remis en décembre 1993/janvier 1994 à la commission des crédits de la ville de Hambourg recommandait avec insistance de mettre fin à l'engagement financier de la ville en faveur de HSW, la banque ne pouvait garder cet espoir. Dans ces circonstances, la banque ne pouvait plus s'attendre à ce que la ville de Hambourg empêche dans tous les cas un dépôt de bilan. La direction de HLB a donc logiquement décidé de mettre fin à son engagement et d'abandonner la suite du financement de l'entreprise à la ville de Hambourg.

Le gouvernement fédéral estime par ailleurs que le comportement de l'État était justifié par la nécessité d'assurer un transfert économiquement et socialement acceptable au secteur privé.

La Commission a apprécié ces aspects de l'affaire au regard, notamment, des arrêts de la Cour dans les affaires C-303/88, déjà cité, et C-305/89 [1]. La Cour de justice a notamment souligné, dans ces arrêts, que lorsque les apports de capitaux d'un investisseur public font abstraction de toute perspective de rentabilité, même à long terme, ils doivent être considérés comme des aides. Les prêts accordés par la ville de Hambourg par l'intermédiaire de HLB dans le cadre de la ligne de crédit ne sont pas compatibles non plus avec le comportement d'investisseurs privés normaux au regard des autres aspects du comportement possible de ces investisseurs traités dans les arrêts que la Cour a rendus dans les affaires C-303/88 et C-305/89. Dans la présente affaire, les faits montrent clairement que les financements procurés par la ville de Hambourg n'ont jamais été guidés par la rentabilité à court ou à long terme que devrait viser un investisseur normal.

Il est opportun, en outre, de rappeler la décision prise par la Cour de justice dans les affaires jointes C-278/92, C-279/92 et C-280/92 [2], dans laquelle elle a indiqué qu'un investisseur privé, dans la perspective et dans le cadre de la vente d'une entreprise, n'effectuerait pas d'apports de capitaux supplémentaires dans l'entreprise en question, la vente lui enlevant toute perspective, même à plus long terme, de rentabilité future, aussi éloignée soit-elle. La ville de Hambourg a décidé, en décembre 1993, de suivre le conseil des experts et de privatiser HSW. Les prêts étaient prévus pour éviter une incapacité de paiement et, partant, un dépôt de bilan pendant les préparatifs de la privatisation. La ville n'a pas envisagé que la privatisation soit possible sans l'amortissement d'une partie très importante des créances qu'elle détenait sur HSW.

La perspective de ne pas recouvrer toutes les créances vis-à-vis de HSW en cas de faillite de l'entreprise n'était pas suffisamment déterminante pour que HLB poursuive son engagement. Grâce à la poursuite de l'exploitation de l'ancienne société HSW par la nouvelle société, la banque avait obtenu le remboursement de 90 % de ses créances anciennes. La ville de Hambourg avait reçu, grâce à la même solution, le versement de 77 millions de marks allemands de ses créances arriérées, montant qui correspond à 93,7 % de la ligne de crédit initialement garantie par l'État. Les autres contributions financières de la ville lors de la constitution de la nouvelle société HSW, qui, comme exposé ci-dessus, devait lui permettre de récupérer le solde de sa créance exigible sur l'ancienne société, ont de toute façon été considérées comme des subventions à fonds perdus et avaient été autorisées en tant qu'aides d'État par la Commission. Le dépôt de bilan de la nouvelle société HSW n'aurait donc occasionné aucune perte supplémentaire imprévue. Étant donné que, en 1984, la ville partageait l'opinion de la banque selon laquelle les contributions faites en vue de la continuation de HSW étaient économiquement justifiées parce qu'elles permettaient de recouvrer les créances exigibles sur l'ancienne société, il aurait été tout aussi raisonnable de mettre fin à l'engagement financier en faveur de l'entreprise une fois obtenue la satisfaction des droits anciens.

Tout bien considéré, on ne peut cependant exclure totalement que le comportement de la ville de Hambourg en ce qui concerne la ligne de crédit accordée à HSW entre

[1] Cour de justice des Communautés européennes, *Italie contre Commission*, Recueil 1991, p. I-1603 (arrêt «*Alfa Romeo*»).

[2] Cour de justice des Communautés européennes, *Espagne contre Commission* (arrêt «Hytasa»), Rec. 1994, p. I-4103; voir revue européenne de droit économique 1994, p. 694.

1984 et 1992 ait été conforme au comportement normal d'investisseur privé se trouvant dans une situation comparable. Même la direction de HLB, tenue à des pratiques commerciales saines, a été incitée par la perspective raisonnable d'obtenir au moins le recouvrement partiel d'une créance irrécouvrable à consentir une ligne de crédit dont le montant correspondait à la créance détenue sur l'ancienne société HSW. La situation dans laquelle se sont trouvées HLB et la ville de Hambourg après la faillite de l'ancienne société était très inhabituelle. On ne peut exclure que les différences, décrites ci-dessus, existant entre les sûretés aient été assez limitées pour pouvoir considérer que le comportement de la ville de Hambourg correspond, pour l'essentiel, à ce que la direction de HLB jugeait raisonnable. Si l'on ne tient compte que des parts de chacun dans la ligne de crédit, HLB et la ville ont récupé la quasi-totalité du montant qu'elles avaient engagé. HLB a consenti 60 % de la ligne de crédit sur ordre de la ville de Hambourg. La banque a été utilisée, en l'espèce, comme instrument pour l'octroi du crédit; les prêts ont été accordés à HSW par la ville de Hambourg par l'intermédiaire de HLB. Il convient donc de considérer les prêts accordés sur la base de la ligne de crédit comme consentis par la ville. La Commission estime par conséquent qu'une rémunération supplémentaire, comme elle pourrait être prévue pour des garanties, n'est pas nécessaire, c'est pourquoi elle en arrive à la conclusion que la ligne de crédit de 78 millions de marks allemands consentie de 1984 à la fin de 1993 par HLB sur ordre de la ville de Hambourg ne constituait pas une aide.

Il convient de constater, en ce qui concerne l'extension de 20 millions de marks allemands de la ligne de crédit en décembre 1992, que cette opération a abouti à une situation dans laquelle la ville de Hambourg a risqué un montant supérieur à sa créance initiale à l'égard de l'ancienne société HSW, de sorte que les motivations économiques particulières avancées pour justifier la solution de continuation de l'entreprise ne peuvent exliquer ce comportement. Après les lourdes pertes subies par HSW en 1991 et en 1992, l'entreprise se trouvait dans une situation financière de plus en plus grave. Le secteur européen de l'acier était plongé dans sa phase la plus difficile depuis la première moitié des années 1980. La récession économique générale et un déséquilibre important entre l'offre et la demande, des surcapacités structurelles et la chute consécutive des prix en étaient la cause. Tous ces facteurs ont contribué à la détérioration de la situation financière de presque toutes les entreprises sidérurgiques de la Communauté. Dans ce climat économique, HLB a naturellement tergiversé devant l'extension de la partie de la ligne de crédit qu'elle avait accordée sans garantie.

Il convient de constater, en ce qui concerne la prorogation et l'extension de la ligne de crédit en décembre 1993 et le fait qu'après le refus de HLB de poursuivre son engagement, même à son niveau précédent, la ville de Hambourg ait accepté la totalité du risque lié au financement de HSW, que HLB a considéré que les conditions particulières dans lesquelles était intervenu le financement initial de la nouvelle société HSW ne suffisaient plus à justifier le risque économique lié à la poursuite de l'exploitation.

L'entreprise se trouvait au bord de la faillite, de nouvelles pertes importantes étaient prévues en 1994, la situation sur le marché de l'acier ne s'était pas sensiblement améliorée, le rapport d'experts avait seulement laissé entrevoir la possibilité de limiter les pertes en cas de privatisation. Dans ces circonstances, la direction de HLB a décidé de mettre un terme à son engagement et d'accepter, le cas échéant, le dépôt de bilan si la ville de Hambourg adoptait la même attitude et arrêtait elle aussi son financement. Cette vue d'ensemble montre clairement qu'aucun investisseur privé n'aurait mis des capitaux neufs à la disposition de HSW dans la situation où elle se trouvait à la fin de 1993. La justification particulière qui avait pu être envisagée auparavant pour l'attribution de la ligne de crédit n'a plus été jugée suffisante par le seul partenaire de la ville de Hambourg, qui se trouvait dans une situation identique, pour continuer de financer HSW. Il y a par conséquent lieu de constater que le comportement de la ville de Hambourg ne peut être assimilé à celui d'un investisseur normal en économie de marché.

Par conséquent, le comportement de la ville de Hambourg au moment où elle a donné l'ordre à HLB d'accorder à HSW, au début de l'année 1994, une ligne de crédit de 174 millions de marks allemands assortie d'un crédit de soudure de 10 millions de marks allemands en endossant seule la responsabilité de l'opération constitue une aide d'État incompatible avec le traité CECA et le code des aides à la sidérurgie. L'élément d'aide de ces prêts ne consiste pas en un taux préférentiel, mais dans la somme prêtée en soi.

Les prêts en question doivent être assimilés à des apports directs de fonds propres, la somme des prêts étant elle-même à considérer, conformément aux dispositions sur les prêts participatifs, comme des fonds propres apportés par l'associé d'une société à responsabilité limitée éprouvant des difficultés économiques.

L'article 4 point c) du traité CECA interdit les aides d'État en faveur d'entreprises sidérurgiques. Le code des aides à la sidérurgie, adopté à l'unanimité par le Conseil conformément à l'article 95 du traité, prévoit que certains types d'aides d'État peuvent être jugés compatibles avec le marché commun, notamment les aides à la recherche et au développement (article 2), les aides en faveur de la protection de l'environnement (article 3) et les aides à la fermeture (article 4), ou encore les aides relevant de régimes d'aides régionales aux investissements dans certaines régions de la Communauté (article 5). Les aides accordées à HSW n'entrent dans aucune de ces catégories. Conformément au code des aides à la sidérurgie, les aides de sauvetage et les aides à la restructuration ne peuvent être considérés comme compatibles avec le marché commun.

La restitution de toute aide accordée illégalement doit en principe être exigée de l'entreprise bénéficiaire. Le remboursement s'effectue selon les procédures et les dispositions du droit allemand, intérêts compris à compter du jour où les aides ont été versées et à concurrence du taux de référence utilisé pour l'examen des régimes d'aides à finalité régionale.

En ce qui concerne le calcul du montant des aides, le gouvernement fédéral défend la thèse selon laquelle HSW aurait aussi eu la possibilité de financer ses activités en

recourant aux *junk bonds* disponibles sur le marché financier américain. Cet argument n'est pas fondé, car l'apport de capital à risque dans une entreprise en difficulté d'un secteur industriel traditionnel n'est pas comparable avec le financement privé d'investissements à risque, qui sont nécessaires dans une économie de marché caractérisée par l'innovation en vue de développer des technologies nouvelles ou de créer, voire de conquérir de nouveaux marchés. Les instruments privés de financement à risque sont à la disposition des entreprises qui sont susceptibles de s'imposer sur des marchés à rendement très élevé. Il est de notoriété publique que les résultats financiers des entreprises sidérurgiques sont de nature extrêmement cyclique, et un investisseur moyennement prudent exigerait une garantie de remboursement basée sur les bénéfices ou sur la marge d'autofinancement établis sur l'ensemble du cycle économique, et ne mettrait pas à la disposition de l'entreprise du capital à risque non garanti sans perspective précise de participation aux bénéfices d'un marché d'avenir prometteur.

Sur le même point, le gouvernement fédéral estime que le montant que HSW aurait pu financer en décembre 1993 par des prêts bancaires normaux doit être déduit du montant total avancé par la ville de Hambourg.

Il est possible que l'entreprise eût pu couvrir une partie de son financement grâce à des prêts de banques privées si HLB et la ville de Hambourg avaient libéré les sûretés nécessaires. Une banque privée n'aurait toutefois pas accordé un prêt qui serait tombé sous le coup des dispositions relatives aux prêts participatifs. Le gouvernement fédéral a fait valoir que tous les prêts consentis dans le cadre de la ligne de crédit relevaient de ces dispositions. Par conséquent, les mesures prises par la ville de Hambourg, y compris concernant une partie indéterminée de la ligne de crédit, n'étaient pas comparables à un hypothétique prêt qu'une banque aurait éventuellement accordé en décembre 1993.

Les modalités de la vente de HSW à Ispat comportent l'abandon *de facto* des créances correspondant aux prêts accordés dans le cadre de la ligne de crédit. Ispat paierait, par ailleurs, un certain prix d'achat pour les créances. Depuis le rachat de toutes les parts sociales, HSW est économiquement intégrée au groupe Ispat, de sorte que les paiements d'Ispat pour le rachat des créances et donc pour la libération de HSW de ses obligations peuvent être économiquement imputés à HSW. Par conséquent, la Commission a décidé, dans le cadre d'une évaluation économique et dans le but de ne pas exiger la restitution d'un montant supérieur à l'avantage économique dont a indûment bénéficié HSW, de considérer le prix d'achat qu'Ispat versera finalement sur la base des accords conclus avec HLB dans le cadre du contrat de vente comme une partie du remboursement des aides,

V

En résumé, la Commission constate donc que les prêts consentis en décembre 1992 sur la base de l'extension de 20 millions de marks allemands de la ligne de crédit et ceux accordés dans le cadre de la ligne de crédit totale de 174 millions de marks allemands et du crédit de soudure de 10 millions de marks allemands dont l'octroi a été décidé en décembre 1993 constituent une aide d'État incompatible avec le traité CECA et le code des aides à la sidérurgie. La restitution de l'aide doit être exigée. Le remboursement s'effectue selon les procédures et les dispositions du droit allemand, intérêts *pro rata temporis* compris à compter du jour où les aides ont été versées et à concurrence du taux de référence utilisé pour l'examen des régimes d'aides à finalité régionale. Les intérêts déjà versés en vertu de l'accord conclu sur la ligne de crédit sont déduits. Le prix d'achat final qu'Ispat paiera pour la cession des créances de HLB sera considéré comme une partie du remboursement de l'aide,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

L'apport de 20 millions de marks allemands au capital social de Hamburger Stahlwerke GmbH, effectué sous la forme d'un prêt consenti par la ville de Hambourg par l'intermédiaire de Hamburgische Landesbank Girozentrale aux commanditaires de Protei Produktionsbeteiligungen GmbH & Co. KG et à cette entreprise elle-même constitue une aide d'État. Celle-ci avait déjà été autorisée par la Commission en 1984/1985.

Article 2

Les prêts consentis à Hamburger Stahlwerke GmbH en décembre 1992 dans le cadre de l'extension de 20 millions de marks allemands de la ligne de crédit accordée à l'entreprise par Hamburgische Landesbank Girozentrale sur ordre de la ville de Hambourg et ceux accordés à la même entreprise par Hamburgische Landesbank Girozentrale sur ordre de la ville de Hambourg dans le cadre de la ligne de crédit totale de 174 millions de marks allemands et du crédit de soudure de 10 millions de marks allemands consentis en décembre 1993 constituent une aide d'État incompatible avec le traité CECA et le code des aides à la sidérurgie.

Article 3

L'Allemagne exige de l'entreprise bénéficiaire le remboursement des aides visées à l'article 2. Le remboursement s'effectue selon les procédures et les dispositions du droit allemand, intérêts *pro rata temporis* compris à compter du jour où les aides ont été versées et à concurrence du taux de référence utilisé pour l'examen des régimes d'aides à finalité régionale. Les intérêts déjà versés en vertu de l'accord conclu sur la ligne de crédit sont déduits. Le prix d'achat que Venuda Investments BV paiera pour la cession des créances de Hamburgische Landesbank Girozentrale est considéré comme une partie du remboursement de l'aide.

Article 4

L'Allemagne communique à la Commission, dans un délai de deux mois, à compter de la notification de la présente décision, les mesures prises pour s'y conformer.

Article 5

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

Fait à Bruxelles, le 31 octobre 1995.

Par la Commission
Karel VAN MIERT
Membre de la Commission