ARRÊT DU TRIBUNAL (quatrième chambre)

3 mars 2010 *

Dans l'affaire T-163/05,

Bundesverband deutscher Banken eV, établie à Berlin (Allemagne), représenté par M^es^ H.-J. Niemeyer, K.-S. Scholz et J.-O. Lenschow, avocats,

partie requérante,

contre

Commission européenne, représentée par MM. N. Khan et T. Scharf, en qualité d'agents,

partie défenderesse,

* Langue de procédure : l'allemand.

soutenue par

République fédérale d'Allemagne, représentée par M. M. Lumma et M^me^ C. Schulze-Bahr, en qualité d'agents, assistés de M^e^ J. Witting, avocat,

par

Land Hessen (Allemagne), représenté initialement par M^es^ H.-J. Freund et M. Holzhäuser, puis par M^es^ Freund et S. Lehr, avocats,

et par

Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, établie à Francfort-sur-le-Main (Allemagne), représentée par M^e^ H.-J. Freund, avocat,

parties intervenantes,

ayant pour objet une demande d'annulation de la décision 2006/742/CE de la Commission, du 20 octobre 2004, concernant une aide de l'Allemagne en faveur de l'entreprise Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (JO 2006, L 307, p. 159),

LE TRIBUNAL (quatrième chambre),

composé de MM. O. Czúcz (rapporteur), président, V. Vadapalas et M^me^ I. Labucka, juges,

greffier : M^me^ C. Kristensen, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 9 septembre 2008,

rend le présent

Arrêt

Antécédents du litige

A — *Apport litigieux*

1 La Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (ci-après la « Helaba ») est l'une des plus grandes banques d'Allemagne. Elle a le statut juridique d'organisme de droit public. Depuis le 1^er^ janvier 2001, les propriétaires de la Helaba sont le Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen, avec une participation de 85 %, le Land Hessen (ci-après le « Land »), avec une participation de 10 %, et le Land de Thuringe, avec une participation de 5 %. La Helaba fait office de banque habituelle du Land et du Land de Thuringe ainsi que de banque centrale des caisses d'épargne de Hesse et de Thuringe.

Elle opère également en tant que banque commerciale, tant sur le marché national que sur les marchés internationaux.

2 Par une loi du 17 décembre 1998, le Land a créé un fonds spécial appelé Wohnungswesen und Zukunftsinvestition (Logement et investissements pour l'avenir, ci-après le « fonds spécial »). Ce fonds spécial comprend les créances du Land issues des crédits à faible taux 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 marks allemands (DEM) (environ 4 milliards d'euros). Deux experts indépendants ont évalué sa valeur actualisée à 2,473 milliards de DEM (1,264 milliard d'euros).

3 Le fonds spécial a été intégré dans le capital de la Helaba, en vertu d'un contrat (ci-après le « contrat ») conclu entre cette dernière et le Land, sous forme de société interne en tant qu'« apport tacite en capital », avec effet au 31 décembre 1998 (ci-après l'« apport litigieux »). Aux termes de l'article 1er, paragraphe 2, du contrat, l'apport devait servir, en permanence, de fonds propres de garantie pour la Helaba, sous forme de fonds propres de base. Le Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (Office fédéral de surveillance des établissements de crédit, ci-après le « BAKred ») a effectivement reconnu l'intégralité de l'apport en tant que fonds propres de base. Il a été ainsi considéré notamment que l'apport était conforme à la déclaration de Sydney, un communiqué de presse du comité de Bâle sur le contrôle bancaire du 27 octobre 1998 indiquant que la part des instruments de capitaux propres hybrides (instruments qui ont certaines caractéristiques à la fois des titres de participation et des titres de créance) dans les fonds propres de base des établissements de crédit ne peut pas dépasser 15 %, sauf dans le cas d'instruments pour lesquels il est prévu, dans le contrat les régissant, que le capital est octroyé de manière permanente et n'est assorti d'aucune caractéristique explicite — autre qu'une simple option de remboursement anticipé de l'émetteur — pouvant conduire à un remboursement de l'instrument.

4 Les parties au contrat sont convenues que la Helaba paie au Land en contrepartie de cet apport tacite une rémunération de 1,4 % par an du montant de l'apport, déduction faite de la partie nécessaire pour garantir les activités d'aide à la construction de logements

sociaux. Cette rémunération 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 Helaba. Il était prévu à cet égard, conformément à un système progressif, que, au cours des quatre premières années (1998 à 2002), la rémunération ne porterait pas sur la valeur totale des actifs transférés, mais sur des tranches augmentant progressivement chaque année (ci-après le « modèle progressif »). Les tranches ont été fixées à 700 millions, 1,2 milliard, 1,6 milliard et 2 milliards de DEM (soit, respectivement, environ 380 millions, 610 millions, 820 millions et 1,02 milliard d'euros).

B — *Affaires concernant les Landesbanken allemandes*

5 Par lettres du 31 mai et du 21 décembre 1994, le requérant, le Bundesverband deutscher Banken eV (fédération allemande de banques privées), a fait savoir à la Commission des Communautés européennes qu'un certain nombre de Länder, dont le Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie, avaient intégré des prêts à la construction de logements dans les fonds propres de garantie de certaines Landesbanken (banques régionales), comme la Westdeutsche Landesbank Girozentrale (ci-après la « WestLB ») ou, à défaut, qu'ils avaient l'intention de le faire. Selon le requérant, aucune rémunération conforme au critère de l'investisseur privé opérant dans une économie de marché (ci-après le « critère de l'investisseur privé ») n'avait été décidée en contrepartie de ces apports, de sorte que l'augmentation des fonds propres des Landesbanken concernées résultant de ces opérations faussait la concurrence en faveur des banques bénéficiaires.

6 Par deux lettres du 6 août 1997 et du 30 juillet 1998, le requérant a informé la Commission de deux cessions d'actifs supplémentaires, dont l'apport litigieux.

7 Dans un premier temps, la Commission a examiné la cession d'actifs en faveur de la WestLB (ci-après l'« affaire WestLB »), tout en déclarant qu'elle examinerait les cessions en faveur des autres banques à la lumière des résultats de cette affaire. Le 8 juillet 1999, la Commission a adopté la décision 2000/392/CE concernant la mesure

mise à exécution par l'Allemagne en faveur de la WestLB (JO 2000, L 150, p. 1, ci-après, la « décision WestLB de 1999 »), par laquelle elle a déclaré que l'opération en cause comportait une aide d'État incompatible avec le marché commun et a ordonné la récupération de ladite aide. Cette décision a été annulée par l'arrêt du Tribunal du 6 mars 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen/Commission (T-228/99 et T-233/99, Rec. p. II-435, ci-après l'« arrêt WestLB ») en raison d'un défaut de motivation.

8 Par lettre du 13 novembre 2002, la Commission a informé la République fédérale d'Allemagne de sa décision d'ouvrir des procédures formelles d'examen concernant, notamment, l'apport litigieux. La décision d'ouverture de la procédure concernant l'apport litigieux a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* (JO 2003, C 72, p. 3).

C — *Décision attaquée*

9 Le 20 octobre 2004, la Commission a adopté la décision 2006/742/CE concernant une aide de l'Allemagne en faveur de l'entreprise Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (JO 2006, L 307, p. 159, ci-après la « décision attaquée »).

10 Dans la décision attaquée, la Commission a considéré que, dès lors que le fonds spécial a été reconnu par le BAKred en tant que fonds propres de base de la Helaba, il convenait, afin d'examiner si le comportement du Land correspondait au comportement d'un investisseur privé, de comparer l'apport litigieux avec les instruments de capitaux propres qui étaient reconnus en tant que fonds propres de base en Allemagne durant l'année de l'apport et qui étaient concrètement à la disposition de la Helaba au moment de la cession pour un investissement de cet ordre de grandeur, c'est-à-dire nettement supérieur à 15 % des fonds propres de base de la Helaba. À cet égard, elle a rejeté l'argument du requérant selon lequel les caractéristiques de l'apport litigieux telles qu'elles résultaient du contrat conclu entre le Land et la Helaba rendaient ledit apport

plus semblable à un apport de capital social qu'à un apport tacite « normal », c'est-à-dire à durée déterminée (considérants 128 à 139 de la décision attaquée).

11 S'agissant du calcul de la rémunération qu'un investisseur privé aurait exigé pour un apport tel que l'apport litigieux, la Commission a distingué le montant qui était à la disposition de la Helaba pour garantir ses activités commerciales de celui qui, pour diverses raisons ne pouvait pas, selon elle, être utilisé par la Helaba à cette fin (considérants 141 et 142 de la décision attaquée).

12 Concernant le montant qui était à la disposition de la Helaba pour garantir ses activités commerciales, en premier lieu, la Commission a estimé qu'il convenait de prendre en compte le fait que la Helaba était tenue de payer l'impôt sur les exploitations industrielles et commerciales (ci-après la « taxe professionnelle »), dont doivent s'acquitter les investisseurs industriels et commerciaux exerçant leurs activités en Allemagne, mais qui, en l'espèce, devait être payé par la Helaba parce que le Land n'y était pas tenu (considérants 157 à 159 de la décision attaquée).

13 En deuxième lieu, la Commission explique que, sur le marché, le taux utilisé comme référence pour le calcul de la rémunération est fixe — correspondant, en règle générale, au rendement d'emprunts publics d'une valeur résiduelle de dix ans — ou variable — correspondant aux taux du marché monétaire interbancaire, tels que les taux Libor ou Euribor. Elle indique que, indépendamment du type de taux de référence utilisé, s'ajoute une majoration de rémunération, dont la composition varie selon que la rémunération est variable ou fixe. Elle explique que, si la rémunération est variable, la majoration de rémunération correspond à la rémunération de la fonction de garantie que remplit l'apport tacite en question (ci-après la « rémunération de garantie »). Si, en revanche, la rémunération est fixe, la majoration de rémunération est composée de deux éléments : la majoration de refinancement, c'est-à-dire la majoration sur le rendement des emprunts de l'État que la banque doit payer sur le marché pour se procurer des liquidités, et la rémunération de garantie correspondant au profil de risque de l'apport tacite en question (considérant 162 de la décision attaquée).

14 Étant donné que l'apport litigieux n'implique pas un transfert de liquidités et implique des frais de refinancement supplémentaires pour la Helaba, la Commission considère que celle-ci ne doit verser au Land qu'une rémunération de garantie (considérants 162, 184 à 187 de la décision attaquée).

15 Pour ce qui est donc de la conformité au marché de la rémunération convenue, augmentée de l'effet de la taxe professionnelle, la Commission a considéré que, dès lors que ladite rémunération se situait dans la partie supérieure de la fourchette de marché pour la rémunération de garantie, rien ne lui permettait de conclure que la Helaba aurait été favorisée et qu'elle aurait dès lors bénéficié d'une aide d'État (considérants 172 et 183 de la décision attaquée).

16 Concernant le montant qui n'était pas, selon elle, à la disposition de la Helaba pour garantir ses activités commerciales, parce qu'il devait servir à garantir les activités d'aide du fonds spécial à la construction de logements sociaux ou en raison du modèle progressif, la Commission a considéré que son inscription au bilan de la Helaba dès le moment de l'apport entraînait un avantage pour celle-ci, dès lors qu'il fonctionnait comme un aval, qui devait être rémunéré, contrairement à ce qui était prévu par les parties, et ce à hauteur de 0,3 % par an avant impôts. Elle a ainsi considéré que la Helaba avait reçu une aide d'État d'un montant de 6,09 millions d'euros (considérants 155 et 190 décision attaquée).

Procédure et conclusions des parties

17 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 18 avril 2005, le requérant a introduit le présent recours.

18 Par actes déposés au greffe du Tribunal, respectivement, les 29 juillet, 4 et 8 août 2005, la Helaba, la République fédérale d'Allemagne et le Land ont demandé à intervenir dans la

présente procédure au soutien de la Commission. Par ordonnance du 30 septembre 2005, le président de la troisième chambre du Tribunal a admis ces interventions.

19 Le requérant a demandé, par lettres des 9 et 23 août 2005 et du 15 décembre 2005, que certains éléments confidentiels contenus dans la requête et la réplique soient exclus de la communication aux intervenantes. Il a produit une version non confidentielle de ces mémoires. La communication aux intervenants desdits mémoires a été limitée à ces versions non confidentielles. Les intervenants n'ont pas soulevé d'objection à ce sujet.

20 Le requérant a indiqué au Tribunal, par lettre du 20 décembre 2005, qu'il n'avait pas nommé les banques lui ayant donné certaines informations figurant dans la réplique au motif que lesdites banques craignaient de graves atteintes à leurs relations commerciales avec la Helaba si celle-ci apprenait leurs noms. Il a expliqué que ces informations seraient fournies uniquement au Tribunal à la demande de celui-ci.

21 Les intervenants ont déposé leurs mémoires dans les délais impartis. Le requérant a, également, déposé ses observations sur les mémoires en intervention dans les délais impartis. La Commission a renoncé à présenter des observations sur lesdits mémoires.

22 Par lettre du 28 mars 2006, la Commission a demandé au Tribunal de retirer du dossier certaines annexes à la réplique. Le requérant ne s'étant pas opposé à cette demande en ce qui concerne l'annexe C.3 de la réplique, celle-ci a été retirée du dossier par décision du président de la troisième chambre du 28 juin 2006. La décision concernant les autres annexes dont le retrait avait été demandé par la Commission a été réservée.

23 La composition des chambres du Tribunal ayant été modifiée, le juge rapporteur a été affecté à la quatrième chambre, à laquelle la présente affaire a, par conséquent, été attribuée.

24 En vue de la fin du mandat de l'un des membres de la chambre, le président du Tribunal a désigné un autre juge pour compléter celle-ci, en application des dispositions de l'article 32, paragraphe 3, du règlement de procédure du Tribunal.

25 Sur rapports du juge rapporteur, le Tribunal (quatrième chambre) a décidé d'ouvrir la procédure orale et, dans le cadre des mesures d'organisation de la procédure prévues à l'article 64 du règlement de procédure, a invité la Commission à déposer certains documents et a posé par écrit aux parties des questions auxquelles elles ont répondu dans le délai imparti.

26 Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions orales posées par le Tribunal à l'audience du 9 septembre 2008. Au terme de cette audience, la Commission a été autorisée à répondre par écrit à l'une des questions posées par le Tribunal. La Commission a répondu par lettre du 19 septembre 2008 et, le 2 octobre 2008, le requérant a déposé des observations sur cette réponse. La procédure orale a été close le 8 octobre 2008.

27 Le requérant conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

— annuler la décision attaquée ;

— condamner la Commission aux dépens.

28 La Commission, soutenue par les intervenants, conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

— déclarer le recours irrecevable et, à titre subsidiaire, le rejeter comme étant non fondé ;

— condamner le requérant aux dépens.

En droit

A — *Sur la recevabilité*

29 La Commission fait valoir que le recours est probablement irrecevable dès lors que le requérant ne serait pas individuellement concerné par la décision attaquée.

30 Il convient de rappeler que le juge est en droit d'apprécier, suivant les circonstances de chaque espèce, si une bonne administration de la justice justifie de rejeter au fond le recours, sans statuer préalablement sur l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie défenderesse (arrêt de la Cour du 26 février 2002, Conseil/Boehringer, C-23/00 P, Rec. p. I-1873, points 51 et 52, et arrêt du Tribunal du 13 septembre 2006, Sinaga/Commission, T-217/99, T-321/00 et T-222/01, non publié au Recueil, point 68).

31 En l'espèce, il convient d'observer que, alors que la présente affaire et l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du Tribunal de ce jour, Bundesverband deutscher Banken/

Commission (T-36/06, Rec. p. II-537), soulèvent des questions de recevabilité partiellement différentes en raison du fondement juridique de chacune des décisions attaquées, elles soulèvent des questions de fond substantiellement similaires, les parties répétant dans l'affaire ayant donné lieu à ce dernier arrêt un grand nombre d'arguments avancés dans le cadre de la présente procédure. Dès lors, le Tribunal considère qu'il y a lieu de se prononcer d'emblée sur les moyens invoqués par le requérant, sans statuer préalablement sur la fin de non-recevoir soulevée par la Commission, le recours en annulation étant, en tout état de cause et pour les motifs exposés ci-après, dépourvu de fondement.

B — *Sur le fond*

32 Le requérant fait valoir que la décision attaquée est contraire à l'article 87, paragraphe 1, CE, en ce que la rémunération convenue entre le Land et la Helaba pour la partie de l'apport que celle-ci pouvait utiliser pour garantir ses activités commerciales n'est pas conforme à celle qu'aurait demandé un investisseur privé au moment où l'opération a eu lieu et que la renonciation du Land à une rémunération appropriée constitue une aide d'État. Il soutient, en outre, que certaines appréciations contenues dans la décision attaquée sont insuffisamment motivées.

33 Plus particulièrement, le requérant fait d'abord valoir que la Commission ne se serait pas fondée sur la situation du marché au moment où l'apport litigieux a eu lieu. Il critique ensuite les appréciations de la Commission relatives à chacune des étapes qu'elle a suivies pour aboutir à la conclusion que la rémunération convenue pour la partie de l'apport litigieux que la Helaba pouvait utiliser pour garantir ses activités commerciales ne constitue pas une aide d'État. En premier lieu, il critique le fait que la Commission a considéré que, aux fins de la comparaison de la rémunération convenue pour l'apport litigieux avec la rémunération d'autres opérations réalisées sur le marché, ledit apport se rapprochait plus d'un apport tacite à durée déterminée que d'un investissement dans le capital social. En deuxième lieu, il critique le fait que la Commission a accepté la solution prévoyant une rémunération progressive de la partie de l'apport litigieux que la Helaba pouvait utiliser pour garantir ses activités

commerciales, conformément au modèle progressif. En troisième lieu, il critique l'appréciation de la Commission quant aux éventuelles majorations et minorations qui pourraient être appliquées à la fourchette de rémunération de garantie résultant du marché afin de tenir compte des spécificités de l'apport litigieux. En quatrième lieu, il critique le fait que la Commission a déduit de la rémunération qui serait exigée sur le marché les frais de refinancement que comporte pour la Helaba la prétendue absence de liquidité de l'apport.

34 À titre liminaire, il convient de rappeler que l'article 87, paragraphe 1, CE a pour objet d'éviter que les échanges entre États membres ne soient affectés par des avantages consentis par les autorités publiques qui, sous des formes diverses, faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

35 Afin d'apprécier si une mesure étatique constitue une aide, il convient donc de déterminer si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché (arrêt de la Cour du 11 juillet 1996, SFEI e.a., C-39/94, Rec. p. I-3547, point 60 ; arrêt WestLB, point 7 supra, points 207 et 243).

36 À cet égard, il ne saurait être considéré que l'exercice intellectuel qui consiste à vérifier si une opération s'est déroulée dans des conditions normales de l'économie de marché doit nécessairement être fait par référence au seul investisseur, ou à la seule entreprise bénéficiaire de l'investissement, alors que l'interaction entre les différents agents économiques est justement ce qui caractérise l'économie de marché (arrêt WestLB, point 7 supra, point 327). Par ailleurs, cet exercice n'exige pas non plus de faire complètement abstraction des contraintes liées à la nature du patrimoine transféré, étant donné qu'il convient de prendre en compte comme référence le comportement d'un investisseur privé se trouvant dans la mesure du possible dans la situation de l'investisseur public (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 16 mai 2002, France/Commission, C-482/99, Rec. p. I-4397, point 70 ; du 28 janvier 2003, Allemagne/

Commission, C-334/99, Rec. p. I-1139, point 133, et arrêt WestLB, point 7 supra, point 270).

37 Dans ces circonstances, la Commission est tenue, afin d'apprécier l'existence pour l'entreprise d'un avantage qu'elle n'aurait pas pu obtenir dans des conditions de marché, de faire une analyse complète de tous les éléments pertinents de l'opération litigieuse et de son contexte, y compris de la situation de l'entreprise bénéficiaire et du marché concerné (arrêt WestLB, point 7 supra, point 251). À cet égard, la Commission peut en particulier examiner la question de savoir si, dans un cas comme celui de l'espèce, l'entreprise aurait pu se procurer auprès d'autres investisseurs des fonds comportant pour elle les mêmes avantages et, le cas échéant, à quelles conditions, dès lors qu'une mesure ne saurait constituer une aide d'État si elle ne place pas l'entreprise dans une situation plus avantageuse que celle qui serait la sienne sans l'intervention de l'autorité publique.

38 Il convient enfin de rappeler que l'appréciation, par la Commission, de la question de savoir si un investissement procure un avantage que l'entreprise n'aurait pu se procurer sur le marché implique une appréciation économique complexe. Or, la Commission, lorsqu'elle adopte un acte impliquant une telle appréciation, jouit d'un large pouvoir d'appréciation et le contrôle juridictionnel dudit acte, même s'il est en principe entier pour ce qui concerne la question de savoir si une mesure entre dans le champ d'application de l'article 87, paragraphe 1, CE, se limite à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits retenus pour opérer le choix contesté, de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation de ces faits ou de l'absence de détournement de pouvoir. En particulier, il n'appartient pas au Tribunal de substituer son appréciation économique à celle de l'auteur de la décision (arrêts du Tribunal du 15 septembre 1998, BFM et EFIM/Commission, T-126/96 et T-127/96, Rec. p. II-3437, point 81 ; du 12 décembre 2000, Alitalia/Commission, T-296/97, Rec. p. II-3871, point 105, et WestLB, point 7 supra, point 282).

39 Avant d'examiner les différents griefs avancés par le requérant à l'encontre de la décision attaquée, il convient d'analyser les arguments des parties relatifs au contexte dans lequel l'apport litigieux a été négocié.

1. *Contexte dans lequel l'apport litigieux a été négocié*

40 Le requérant fait valoir qu'il est incorrect de considérer que la Helaba n'avait pas besoin d'un apport de fonds propres de base et que l'apport a été fait essentiellement dans l'intérêt de la République fédérale d'Allemagne, en particulier du Land.

41 La Commission, soutenue par le Land et la Helaba, conteste cette présentation du contexte de l'affaire.

42 Pour ce qui concerne la situation de la Helaba, il convient de constater que celle-ci avait, avant l'intégration de l'apport litigieux, un ratio de fonds propres de base de 5,4 % et un ratio de fonds propres de 9,6 %, tous les deux supérieurs aux ratios minimaux fixés par la loi, à savoir 4 % et 8 % respectivement (considérants 28 et 32 de la décision attaquée). À la différence de l'affaire WestLB, invoquée à plusieurs reprises par le requérant, aucune modification de la réglementation applicable ne rendait en 1998 indispensable d'augmenter les ratios de fonds propres des banques européennes. Le fait que les ratios de la Helaba étaient moins favorables que ceux des grandes banques privées allemandes ne saurait impliquer que l'apport litigieux était indispensable pour sa survie ou le maintien de son volume d'activité, dès lors qu'il ne saurait être considéré que toutes les banques allemandes qui n'ont pas les ratios des grandes banques privées nécessitent une injection de capital. En tout état de cause, le requérant n'a pas communiqué les ratios des grandes banques privées pour l'année 1998, mais uniquement pour la période allant de 1984 à 1994.

43 Dans ces circonstances, il y a lieu de constater que la Helaba n'avait besoin de nouveaux fonds que dans la mesure nécessaire pour atteindre les objectifs de croissance fixés dans son plan d'activité. Outre le fait que la non-obtention éventuelle des fonds nécessaires à cette fin n'aurait eu comme conséquence que d'empêcher sa croissance et n'aurait

compromis ni sa survie ni le volume de ses activités à l'époque, les objectifs de croissance fixés par le plan d'activité de la Helaba n'exigeaient, conformément aux observations de la République fédérale d'Allemagne exposées au considérant 54 de la décision attaquée, qu'une augmentation des fonds propres de base d'un montant considérablement plus réduit que celui de l'apport litigieux, voire des tranches prévues par le modèle progressif.

44 Les déclarations du président du conseil d'administration de la Helaba publiées dans la presse allemande en 1998, invoquées par le requérant, ne remettent pas en cause cette constatation. En effet, la dépendance de la Helaba vis-à-vis de l'apport litigieux ne peut en aucune manière être déduite de l'affirmation dudit président selon laquelle, « [s]i l'évolution au niveau international le permet, [la Helaba] aimer[ait] obtenir [le fonds spécial] en tant que fonds propres en échange d'une rémunération conforme au marché ». De même, un besoin urgent des fonds propres ne peut pas être déduit de son affirmation selon laquelle, « à tout le moins à long terme, il conv[enait] de se poser la question de la dotation en fonds propres de la Helaba ».

45 Certes, il résulte de ces affirmations que la Helaba était intéressée par l'apport litigieux et que celui-ci devait lui permettre de satisfaire ses besoins en fonds propres pendant plusieurs années et d'accroître ses activités à risque. Ce n'est effectivement que parce qu'elle s'attendait à en retirer des bénéfices que la Helaba a proposé de reprendre le fonds spécial sous forme d'un apport tacite. Cependant, cela n'implique pas qu'elle dépendait de l'apport litigieux ou qu'elle n'aurait pas pu augmenter ses fonds propres de base en faisant appel à des investisseurs privés.

46 Pour ce qui est de la situation du Land, il ressort de la décision attaquée et du dossier qu'il voulait générer des recettes supplémentaires en utilisant le portefeuille d'aide à la construction de logements sociaux à d'autres fins, qu'il ne voulait cependant pas le vendre pour pouvoir garder son affectation à des activités d'aide, qu'il ne souhaitait pas

le diviser entre plusieurs établissements — en raison, d'une part, du fait que, en tant que fonds renouvelable, il doit se refinancer au moyen des retours sur les prêts accordés et, d'autre part, des coûts et de la perte de flexibilité dans la gestion de l'aide en résultant — et qu'il voulait organiser la gestion du fonds de la manière la plus efficace et la plus économique possible (considérant 20 de la décision attaquée).

47 La Helaba s'était déclarée disposée à reprendre et à gérer l'ensemble du portefeuille d'aides du fonds spécial. Le fait que la Helaba gérait déjà des fonds et des programmes d'aide et le fait que, s'agissant d'une banque de droit public, le Land exerçait une surveillance et possédait de meilleurs instruments pour suivre sa solvabilité et son développement ont notamment convaincu celui-ci que la Helaba était le partenaire indiqué. Les banques coopératives avaient certes spontanément montré leur intérêt pour le fonds spécial, mais elles souhaitaient que le Land le vende. En outre, malgré le caractère prétendument très peu élevé de la rémunération convenue pour l'apport litigieux et le fait que l'intention du Land de céder le fonds était publique, le requérant en ayant eu connaissance au plus tard dès l'été 1998, les grandes banques privées n'ont pas présenté, à la différence des banques coopératives, d'offres concurrentes.

48 C'est donc à la lumière de ce contexte qu'il convient d'examiner les arguments des parties et de déterminer si la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant, en substance, que la charge financière découlant pour la Helaba de la partie du fonds spécial qu'elle pouvait utiliser pour garantir ses activités commerciales n'était pas inférieure à celle qu'elle aurait supportée dans des conditions normales de marché pour obtenir les mêmes avantages et que, par conséquent, l'apport litigieux n'impliquait pas d'aide d'État.

49 Étant donné que l'un des arguments du requérant concernant le caractère prétendument erroné de la qualification de l'apport litigieux d'apport tacite ainsi que le niveau prétendument peu élevé de la rémunération est tiré du volume très élevé de

l'apport et que la Commission s'oppose à cet argument en se fondant sur le modèle progressif, il convient d'examiner cette question en premier lieu.

2. *Sur la prise en compte du modèle progressif*

a) Décision attaquée

50 Comme il a été indiqué au point 11 ci-dessus, la Commission a considéré qu'il convenait de distinguer la rémunération de la partie de l'apport litigieux qui était à la disposition de la Helaba pour garantir ses activités commerciales de celle de la partie de l'apport qui, pour différentes raisons, ne l'était pas.

51 En ce qui concerne la détermination de la partie de l'apport litigieux qui était à la disposition de la Helaba pour garantir ses activités commerciales, la Commission a accepté de prendre en compte le modèle progressif convenu entre les parties selon lequel, pendant les quatre premières années ayant suivi l'intégration de l'apport litigieux, la rémunération de 1,4 % fixée dans le contrat n'était pas versée sur la totalité de l'apport, à l'exception de la partie nécessaire pour garantir les activités d'aide à la construction de logements sociaux, mais sur des tranches convenues à l'avance. La Commission a motivé l'acceptation du modèle progressif en indiquant, d'une part, que, si les fonds étaient de facto utilisables par la Helaba dès le début, celle-ci avait indiqué qu'elle n'avait besoin des actifs apportés à des fins de garantie de ses activités commerciales que de manière progressive et, d'autre part, que, à l'intérieur des tranches convenues, c'était la possibilité d'utilisation et non l'utilisation effective qui était prise en considération. La Commission a estimé qu'un investisseur privé dans la situation du Land, qui ne souhaitait pas diviser le fonds spécial, n'aurait pas été en mesure d'imposer une augmentation plus rapide de la base de capital devant être rémunérée au taux convenu de 1,4 % (considérants 143 à 146 de la décision attaquée). Elle a cependant

considéré que la partie de l'apport litigieux dépassant les tranches convenues devait être rémunérée à un taux de 0,3 % (considérants 142, 191 et 192 de la décision attaquée).

b) Arguments des parties

52 Le requérant fait valoir que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que le modèle progressif répond au critère de l'investisseur privé. Il soutient que, comme le reconnaîtrait la Commission elle-même, la question de savoir si l'émetteur utilise effectivement l'ensemble du montant pour garantir ses activités commerciales est indifférente pour l'investisseur, dès lors que, pour celui-ci, ce qui compte est le fait qu'il a mis à la disposition de la banque son patrimoine, en renonçant ainsi à sa jouissance et en risquant sa perte.

53 Il estime que les raisons avancées par la Commission pour accepter malgré tout le modèle progressif sont erronées.

54 S'agissant du fait que la Helaba avait informé le Land du fait qu'elle n'utiliserait pas dès le début la totalité de l'apport litigieux, le requérant fait valoir que, si la Helaba s'est peut-être comportée de manière raisonnable du point de vue économique en exigeant le modèle progressif, ce n'est pas le cas du Land, dès lors qu'un investisseur privé dans ces circonstances n'aurait pas renoncé à une partie de sa rémunération mais aurait cherché d'autres opportunités d'investissement lui permettant de maximiser ses bénéfices ou, au moins, aurait transféré le fonds spécial de manière progressive au fur et à mesure des besoins de la Helaba. À l'audience, en réponse à une question posée par le Tribunal, le requérant a cependant affirmé que la question n'était pas en l'espèce de savoir si le Land devait transférer progressivement son fonds spécial ou essayer de le placer ailleurs, mais de savoir s'il n'aurait pas dû exiger la rémunération de la totalité des fonds transférés.

55 Le requérant affirme que, contrairement à ce que prétend la Commission, celle-ci a dérogé à la pratique qu'elle a suivie dans les affaires concernant les autres Landesbanken. Il fait valoir ainsi que la Commission a soutenu, dans le mémoire en défense qu'elle a présenté dans la procédure ayant donné lieu à l'arrêt WestLB, point 7 supra, qu'aucun investisseur privé ne mettrait de capitaux à la disposition d'une entreprise en acceptant de ne recevoir qu'une rémunération partielle au motif que ce montant était en fait supérieur aux besoins réels de l'entreprise.

56 S'agissant du fait que la rémunération devait être versée en fonction des tranches convenues entre les parties indépendamment de la question de savoir si la Helaba avait utilisé la totalité de ces montants ou non, il fait valoir que le contrat ne contenait pas de clause interdisant à la Helaba d'utiliser l'apport litigieux pour l'expansion de ses activités au-delà des montants de référence. Il considère, par conséquent, que l'établissement desdits montants de référence ne constituait pas un avantage pour le Land dès lors qu'il était envisageable que la Helaba utilise un montant plus élevé à des fins de garantie. Le requérant considère, par ailleurs, qu'un investisseur privé aurait exigé une rémunération pour l'avantage en termes de notation dont bénéficie la Helaba en raison de l'augmentation de ses fonds propres de base.

57 La Commission, soutenue par le Land et par la Helaba, conteste ces arguments.

c) Appréciation du Tribunal

58 Il convient tout d'abord de constater que, comme l'a admis le requérant lui-même lors de l'audience, la question de savoir quelles opportunités alternatives d'investissement auraient pu être intéressantes pour le Land n'est pas pertinente en l'espèce. En effet, il ne s'agit pas de déterminer si le Land aurait pu obtenir un rendement plus élevé de son fonds spécial en l'investissant autrement ou dans une autre entreprise, mais de savoir si,

en investissant ledit fonds spécial dans la Helaba aux conditions convenues, le Land a fait bénéficier celle-ci d'un avantage qu'elle n'aurait pas pu obtenir autrement.

59 Il convient ensuite de relever que les parties s'accordent en ce qu'un investisseur privé qui met son capital à la disposition d'une banque en tant que fonds propres de base de celle-ci et, de ce fait, renonce à sa jouissance et s'expose au risque de le perdre exigera une rémunération pour la totalité des capitaux transférés. La Commission a ainsi considéré, dans la décision attaquée, que la totalité de l'apport litigieux devait être rémunérée, et ce dès le premier jour de son intégration dans la Helaba, dès lors que c'est à partir de ce moment que le Land en a risqué la perte et que la Helaba a pu en tirer des bénéfices (considérants 142, 155, 191 et 192 de la décision attaquée).

60 La Commission a cependant considéré qu'un investisseur privé aurait accepté une rémunération à deux taux différents selon la fonction remplie par chacune des parties de l'apport litigieux (considérants 142, 143 et 191 à 193 de la décision attaquée). Ainsi, elle a considéré qu'un investisseur privé aurait, d'une part, accepté la rémunération convenue par le Land et la Helaba pour la partie de l'apport litigieux qui pouvait être utilisée par cette dernière pour l'expansion de ses opérations commerciales et, d'autre part, exigé une rémunération de 0,3 % pour le reste de l'apport litigieux, en raison notamment de l'avantage en termes de notation qu'entraînait pour la Helaba son inscription dès le premier jour en tant que fonds propres de base. Étant donné que le Land n'avait pas exigé de rémunération pour la partie de l'apport litigieux qui n'était pas susceptible d'être utilisée pour l'expansion des activités commerciales de la Helaba, la Commission a conclu, pour la période allant du 31 décembre 1998 au 31 décembre 2003, à l'existence d'une aide d'État d'un montant de 6,09 millions d'euros et ordonné sa récupération par la République fédérale d'Allemagne.

61 Le requérant critique l'appréciation de la Commission selon laquelle, dans les circonstances de l'espèce, un investisseur privé aurait accepté le modèle progressif et, par conséquent, que, pendant les premières années, une partie des fonds pouvant, du

point de vue prudentiel, être utilisée pour garantir les activités commerciales de la Helaba — à savoir la partie de l'apport litigieux dépassant les tranches du modèle progressif et non nécessaire pour garantir les activités d'aide à la construction de logements sociaux du fonds spécial —, ne soit pas rémunérée au même taux que le reste desdits fonds.

62 En premier lieu, il fait valoir que, comme la Commission l'admet elle-même dans la décision attaquée et comme elle l'a affirmé dans le cadre de l'affaire WestLB, un investisseur privé n'accepterait pas que son rendement dépende du montant des fonds propres effectivement utilisés.

63 Il convient de constater à cet égard que la base pour la rémunération convenue entre les parties ne dépendait pas, même pendant les premières années ayant suivi l'apport litigieux, du montant dudit apport effectivement utilisé. En effet, il ressort de la décision attaquée que la Helaba devait rémunérer le Land pour la totalité des tranches convenues, indépendamment de leur emploi effectif aux fins de l'expansion de ses activités commerciales. À la fin de la période d'application du modèle progressif, c'est-à-dire à partir de 2003, la rémunération convenue entre les parties devait être versée sur la totalité de l'apport litigieux, à l'exception de la partie devant garantir les activités d'aide à la construction de logements sociaux, indépendamment du montant effectivement utilisé par la Helaba pour garantir ses activités commerciales. La décision attaquée est dès lors conforme au principe, dont se prévaut le requérant, selon lequel un investisseur privé n'accepterait pas que son rendement dépende du montant des fonds propres effectivement utilisés.

64 En second lieu, le requérant affirme que la différenciation à laquelle la Commission a procédé, en distinguant selon que le capital n'est, comme en l'espèce, pas censé être utilisé aux fins d'expansion des activités parce que la banque a annoncé au préalable qu'elle n'en avait pas besoin et qu'elle ne l'utiliserait pas, ou peut être librement utilisé, est sans pertinence pour l'investisseur dès lors que, dans les deux cas, il ne dispose plus du capital. Il soutient que, en tout état de cause, l'accord conclu entre le Land et la

Helaba ne protège pas le Land, dès lors qu'il ne contient pas d'engagement de la Helaba d'utiliser les fonds transférés uniquement à concurrence des tranches convenues.

65 S'agissant de l'affirmation du requérant selon laquelle, pour l'investisseur, il serait sans pertinence que la Helaba ait annoncé qu'elle n'avait pas besoin de manière immédiate de la totalité des fonds, il convient de rappeler que, conformément à la jurisprudence (voir point 36 ci-dessus), la conformité d'une opération avec le marché ne peut pas être appréciée du point de vue du seul investisseur mais doit être appréciée en tenant compte de l'interaction entre les différents agents économiques et du contexte dans lequel l'opération a eu lieu.

66 Or, le requérant n'avance pas d'arguments permettant de considérer que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que, dans une situation comme celle de l'espèce, caractérisée, d'une part, par le fait que le Land voulait investir un patrimoine non liquide qu'il ne voulait pas diviser et, d'autre part, par le fait que la Helaba n'avait besoin ni à court ni à moyen terme d'un capital de l'importance du fonds spécial, un investisseur privé n'aurait pas réussi à obtenir de la banque la rémunération immédiate de la totalité de l'apport litigieux à la hauteur du taux retenu pour la rémunération de la fonction d'expansion des activités commerciales de la banque. Au contraire, le requérant lui-même affirme que la Helaba s'est probablement comportée de manière raisonnable en exigeant le recours au modèle progressif.

67 En tout état de cause, il n'apparaît pas manifestement erroné de considérer qu'une banque n'acceptera pas de payer le taux correspondant à la rémunération de la fonction d'expansion de ses activités commerciales s'agissant de fonds dont elle sait à l'avance qu'elle ne sera pas capable de les utiliser à cette fin. En effet, si ces fonds peuvent lui permettre, comme l'indique la Commission, de renforcer sa solvabilité ou d'en éviter une dégradation et, dès lors, de réduire ou de maintenir ses coûts de financement, ils ne lui permettent pas d'obtenir des revenus supplémentaires découlant de nouvelles opérations.

68 Dès lors, dans les circonstances de l'espèce, un investisseur privé dans la situation du Land aurait dû tenir compte du fait que, en raison de l'impossibilité pour la Helaba d'utiliser de manière immédiate la totalité de l'apport disponible du point de vue prudentiel pour l'expansion de ses activités commerciales, la partie de l'apport qu'elle n'était pas en mesure d'utiliser ne remplissait pas la même fonction économique pour elle que celle de la partie qu'elle pouvait utiliser.

69 Certes, cette circonstance ne justifiait pas que le Land renonce à percevoir toute rémunération pour les fonds que la Helaba ne pouvait pas utiliser et qui lui ont cependant été transmis pour éviter de diviser le fonds spécial. Lesdits fonds servant à garantir les dettes de la Helaba dès le premier jour, ils étaient donc à partir de ce moment soumis à un certain risque de perte et procuraient à la Helaba un avantage en termes de notation et de réputation. C'est précisément afin d'assurer une rémunération du risque encouru par le Land et de l'avantage dont bénéficiait la Helaba que la Commission a imposé le paiement d'une rémunération de 0,3 % par an pour cette partie de l'apport litigieux.

70 S'agissant du fait que le contrat ne prévoit pas de clause par laquelle la Helaba se serait engagée à ne pas utiliser, pour l'expansion de ses activités commerciales, des montants dépassant les tranches convenues, il convient de constater que cette circonstance n'est pas de nature à rendre manifestement erronée l'appréciation de la Commission selon laquelle la partie de l'apport litigieux dépassant les tranches ne remplissait pas une fonction d'expansion des activités commerciales. En effet, il y a lieu de relever que le Land a obtenu que les tranches soient fixées à un niveau beaucoup plus important que celui qui aurait été nécessaire eu égard aux besoins en capital de la Helaba résultant de son plan d'activité et s'est assuré ainsi que les tranches ne seraient pas dépassées. Il ressort, en effet, des observations de la République fédérale d'Allemagne, exposées au considérant 54 de la décision attaquée et confirmées par le requérant et la Helaba dans leurs mémoires écrits, que les tranches ont été fixées à environ 384 millions (1999), 614 millions (2000), 818 millions (2001) et 1,02 milliard (2002) d'euros alors que, sur la base de la croissance annuelle programmée, la banque avait besoin d'environ 150 millions d'euros par an.

71 Enfin, il convient d'observer que le requérant, qui se concentre sur la situation du Land en tant qu'investisseur, n'explique pas dans quelle mesure la solution adoptée par la Commission, consistant en l'acceptation du modèle progressif et en l'imposition d'une rémunération de 0,3 % pour la partie de l'apport dépassant les tranches convenues, impliquerait un avantage compétitif pour la Helaba que celle-ci n'aurait pas pu se procurer dans des conditions de marché.

72 La Commission n'a dès lors pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant que, dans les circonstances de l'espèce, le fait que, entre 1999 et 2002, la Helaba n'a pas versé une rémunération d'un niveau propre à la fonction d'expansion des activités commerciales pour la partie du capital qui, bien qu'utilisable du point de vue prudentiel pour garantir ses activités commerciales, ne serait pas employée à cette fin ne donnait pas lieu à un avantage qu'elle n'aurait pas pu se procurer dans des conditions du marché.

73 Cette conclusion ne saurait être infirmée par l'argument du requérant selon lequel l'acceptation par la Commission du modèle progressif en l'espèce déroge à sa pratique antérieure, en particulier à la position qu'elle a défendue dans le cadre de la procédure judiciaire concernant la décision WestLB de 1999. En effet, il convient à cet égard de constater que cette décision a été annulée par le Tribunal dans son arrêt WestLB, point 7 supra, et que la décision adoptée par la Commission à la suite de cette annulation — à savoir la décision 2006/737/CE, du 20 octobre 2004, concernant une aide de l'Allemagne en faveur de l'entreprise Westdeutsche Landesbank — Girozentrale, devenue WestLB AG (JO 2006, L 307, p. 22, ci-après la « décision WestLB de 2004 ») — n'impose plus la majoration du taux de rémunération que la Commission avait justifiée par l'argument invoqué par le requérant. En tout état de cause, il ne saurait être considéré que la Commission a accepté que le Land ne reçoive qu'une rémunération partielle de la partie de l'apport litigieux pouvant, du point de vue prudentiel, être utilisée pour étendre les activités commerciales de la Helaba. En effet, elle a considéré, en substance, que, à la suite du compromis dont résulte le modèle progressif, le Land n'a pas laissé à l'appréciation commerciale de la Helaba l'utilisation des fonds transférés et que, avec l'imposition d'une rémunération de 0,3 % pour la partie de l'apport litigieux dépassant les tranches prévues, il ne recevait pas une rémunération partielle mais une rémunération appropriée de chaque partie de l'apport selon la fonction qu'elle avait pour la Helaba.

74 Il ressort de ce qui précède que le présent grief doit être rejeté.

3. *Sur le grief selon lequel la Commission aurait qualifié à tort l'apport litigieux d'apport tacite « normal » et non d'investissement dans le capital social*

a) Décision attaquée

75 La Commission résume les arguments présentés devant elle en indiquant que, d'après le requérant, « la seule forme juridique dont la Helaba pouvait disposer […] était le capital-actions ou le capital social » et que, par conséquent, l'apport litigieux constituait « un détournement de la forme ' normale' d'un apport tacite ». Elle indique également que, selon le requérant, l'apport litigieux présentait, d'un point de vue économique, de telles similitudes avec le capital social qu'un investisseur aurait exigé des intérêts correspondant à la rémunération du capital social. Toutefois, selon la République fédérale d'Allemagne, « une autre forme juridique était possible, à savoir l'apport tacite à durée indéterminée » (ci-après le « perpetual ») (considérants 127 et 128 de la décision attaquée).

76 En premier lieu, la Commission prend acte du fait que l'apport tacite a été expressément fixé en tant que tel entre le Land et la Helaba et qu'il a également été reconnu en tant que tel par les autorités allemandes compétentes (considérant 129 de la décision attaquée).

77 En deuxième lieu, la Commission affirme que, s'agissant de l'analyse du risque, l'apport litigieux est plus proche d'un apport tacite « normal », c'est-à-dire à durée déterminée, que d'un investissement dans le capital social. Elle considère comme essentiel à cet égard le fait que, comme la République fédérale d'Allemagne l'aurait expliqué en se

fondant sur un rapport d'expertise, en cas de faillite, l'apport litigieux devrait, comme les autres apports tacites « normaux », être remboursé avant le capital social. Elle ajoute que tant le Land que l'investisseur réalisant un apport tacite à durée déterminée reçoivent, aussi longtemps que l'entreprise ne subit pas de pertes, l'intégralité de la rémunération convenue, tandis que l'investisseur dans le capital social n'a droit qu'au paiement d'un dividende proportionnel au bénéfice (considérants 130 à 132 de la décision attaquée).

78 En troisième lieu, la Commission explique pourquoi elle considère que les arguments avancés par le requérant au cours de la procédure administrative ne sont pas suffisants pour infirmer cette conclusion.

79 Ainsi, premièrement, la Commission écarte l'argument du requérant selon lequel l'apport litigieux devrait être comparé, à l'instar de ce qui avait été fait dans l'affaire WestLB, à un investissement dans le capital social en raison de l'importance de son volume, qui aboutit à augmenter à long terme les fonds propres de base de la Helaba à concurrence de presque 50 %. Elle indique à cet égard que la Helaba aurait pu, sans problème, couvrir ses besoins estimés en capitaux pour la période allant de 1998 à 2002 en obtenant auprès de différents investisseurs institutionnels plusieurs apports tacites de montants moindres échelonnés dans le temps (considérant 133 de la décision attaquée).

80 Deuxièmement, la Commission écarte l'argument du requérant selon lequel, du fait de l'apport litigieux, la part du capital social dans le montant total de fonds propres (ci après la « marge de capital social ») de la Helaba ne serait pas supérieure à 50 %, alors que celle des établissements de crédit privés serait de plus de 80 %. La Commission a estimé que cette circonstance n'exigeait pas de considérer qu'un investisseur privé n'aurait pas réalisé l'apport litigieux dès lors que la République fédérale d'Allemagne avait montré que les banques régionales recouraient plus fréquemment aux apports tacites au-delà du plafond de 15 %, et ce, en partie, auprès d'investisseurs privés (considérant 134 de la décision attaquée).

81 Troisièmement, s'agissant des conséquences sur le niveau de risque du caractère permanent de l'apport litigieux, la Commission écarte les arguments du requérant selon lesquels les investisseurs institutionnels seraient uniquement prêts à acquérir des instruments de capitaux propres hybrides d'une durée fixe ou des instruments dont on peut supposer qu'ils sont récupérables, car le taux de distribution augmente progressivement. Elle considère que le caractère permanent de l'apport implique principalement un risque pour l'investisseur de ne pas pouvoir profiter des augmentations des taux d'intérêts sur le marché, mais qu'il n'a pas d'influence sur le risque de perte. Elle en déduit que le caractère permanent de l'apport litigieux ne justifie pas, en l'espèce, que, aux fins du contrôle du niveau approprié de la rémunération convenue, ledit apport soit comparé à la rémunération du capital social au lieu d'être comparé à celle des apports tacites (considérants 136 et 138 de la décision attaquée).

82 La Commission en conclut que l'intégration du fonds spécial du Land « 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 ». Elle affirme à cet égard que « [l]es éléments dont [elle] dispose 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 ». Elle considère que « [l]a rémunération de [l'apport 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 » (considérant 139 de la décision attaquée).

b) Arguments des parties

83 Le requérant fait valoir que l'apport litigieux n'aurait pas dû être qualifié d'apport tacite « normal » et, par conséquent, que sa rémunération n'aurait pas dû être comparée à celle des apports tacites à durée déterminée émis sur le marché.

84 Il souligne que la Commission a examiné si les parties avaient abusivement qualifié l'apport litigieux d'apport tacite et non d'investissement dans du capital social et n'a examiné que de manière subsidiaire les caractéristiques économiques de l'apport litigieux. Il indique que ce raisonnement est erroné en ce qu'il ne s'agit pas en l'espèce de savoir s'il y a eu abus, mais d'examiner si, d'un point de vue économique, l'apport litigieux se rapprochait plus d'autres apports tacites existant sur le marché ou d'investissements dans du capital social.

85 Le requérant estime que, contrairement à la conclusion de la Commission, l'apport litigieux présente des différences juridiques et économiques par rapport au modèle d'apport tacite résultant du droit des sociétés, ou par rapport aux apports tacites à durée déterminée émis sur le marché et reconnus en tant que fonds propres de base, et présente une structure particulière qui empêche de le comparer avec les apports tacites choisis par la Commission à cette fin. Il estime, en outre, que la Commission ne s'est pas placée au moment où l'apport litigieux a été opéré pour réaliser son appréciation et qu'elle a, par ailleurs, mal apprécié la situation du marché à cette époque.

86 S'agissant, en premier lieu, des particularités juridiques de l'apport litigieux, le requérant fait valoir que ledit apport ne constitue pas, du point de vue formel, un apport tacite « normal », au sens du droit des sociétés allemand, notamment parce qu'il aurait été conçu pour répondre aux conditions posées par la loi et par la déclaration de Sydney pour pouvoir être considéré comme faisant partie des fonds propres de base de la Helaba, et ce au-delà de la limite de 15 %.

87 S'agissant, en deuxième lieu, des particularités économiques de l'apport litigieux, le requérant mentionne cinq éléments qui rendraient le profil de risque de l'apport litigieux plus proche de celui de l'investissement dans du capital social que de celui des apports tacites à durée déterminée : son volume, sa qualité de garantie, son profil de

rentabilité, la protection des capitaux investis ainsi que sa durée et l'absence de possibilité de cession.

88 S'agissant, en troisième lieu, de la situation du marché au moment où l'apport a été réalisé, le requérant fait valoir que la Commission a violé le critère de l'investisseur privé en choisissant une période de référence erronée. Il soutient ainsi que la Commission a fondé sa conclusion selon laquelle l'apport litigieux devait être comparé avec des apports tacites à durée déterminée sur des informations concernant la pratique des banques privées pendant la période postérieure à la date de l'apport litigieux.

89 Le requérant conteste, en outre, les affirmations de la Commission selon lesquelles, d'une part, il existait en Allemagne, au moment de l'apport litigieux, un marché d'instruments de capitaux propres hybrides développé et, d'autre part, la Helaba aurait également pu couvrir son besoin de capital en émettant l'apport tacite en plusieurs tranches de moindre importance. Il fait notamment valoir que la question n'est pas de savoir ce qu'aurait pu faire la Helaba pour se procurer les fonds, mais si un investisseur privé lui aurait accordé un apport de la même nature et aux mêmes conditions que l'apport litigieux.

90 La Commission et les intervenants contestent ces arguments.

c) Appréciation du Tribunal

91 À titre liminaire, il convient de clarifier la position des parties quant à l'importance, pour la solution du présent litige, de la forme juridique choisie par la Helaba et le Land pour l'apport litigieux.

92 Il résulte de la décision attaquée, notamment de ses considérants 127, 128 et 139 (voir points 75 et 82 ci-dessus), que la Commission a interprété les arguments présentés par le requérant au cours de la procédure administrative comme visant à faire constater que l'utilisation de la forme juridique de l'apport tacite était abusive.

93 Dans son recours, le requérant conteste cette interprétation et fait valoir qu'il n'a jamais prétendu que l'apport litigieux constituait, juridiquement, du capital social. Il soutient qu'il a prétendu au cours de la procédure administrative que, par son organisation concrète, l'apport litigieux se différenciait considérablement, sur le plan économique, d'un apport tacite et qu'il se rapprochait fort d'un capital social, de sorte qu'un investisseur privé aurait exigé pour ledit apport une rémunération correspondant au profil de risque du capital social. Par ailleurs, il examine les caractéristiques juridiques de l'apport litigieux et fait valoir que l'affirmation de la Commission selon laquelle l'apport litigieux est comparable à des apports tacites « normaux » ne résiste pas à une analyse approfondie de la structure juridique dudit apport et qu'il présente des particularités importantes par rapport à un apport tacite « normal » correspondant au modèle résultant du droit des sociétés.

94 Il résulte cependant de l'ensemble des écritures des parties que la question de savoir si la Commission a interprété correctement ou non les arguments présentés par le requérant au cours de la procédure administrative ne constitue pas le véritable objet du présent litige. Il ressort, en effet, des arguments des parties qu'elles s'accordent sur le fait que l'apport litigieux a été légalement qualifié par le Land et par la Helaba d'apport tacite et reconnu en tant que tel par les autorités allemandes. Elles s'accordent également sur le fait que les particularités de l'apport litigieux n'empêchaient pas le Land et la Helaba de recourir à la forme juridique de l'apport tacite.

95 Les parties concentrent ainsi leurs arguments quant à la qualification de l'apport litigieux, aux fins de la détermination des opérations de référence, sur la question de savoir si celui-ci présente des similitudes telles, en ce qui concerne le profil du risque, avec le capital social qu'un investisseur privé aurait exigé une rémunération correspondant à celle du capital social ou s'il est plus proche des apports tacites à

durée déterminée et reconnus en tant que fonds propres de base, de sorte que sa rémunération pouvait être comparée à celle desdits apports tacites.

96 À cet égard, il y a lieu de relever que la comparaison de l'apport litigieux avec d'autres instruments hybrides constitue une question d'une complexité économique certaine, pour laquelle la Commission jouit d'un large pouvoir d'appréciation (arrêt WestLB, point 7 supra, point 351).

97 En outre, la qualification de l'apport litigieux d'apport tacite à durée déterminée ou d'investissement dans le capital social constitue uniquement un instrument analytique utilisé par la Commission dans le cadre de l'application de l'article 87, paragraphe 1, CE (voir, en ce sens, arrêt WestLB, point 7 supra, point 250).

98 L'appréciation de la Commission à cet égard ne permet donc pas de déterminer de manière automatique l'existence et la dimension d'une aide d'État, mais lui permet uniquement de disposer pour son appréciation d'un point de départ qui tient compte des conditions dans lesquelles des investisseurs privées ont réalisé des opérations les plus similaires possible. La conclusion de la Commission sur cette question ne la dispense dès lors pas de son obligation de réaliser une analyse complète de tous les éléments pertinents de l'opération litigieuse et de son contexte, y compris de la situation de l'entreprise bénéficiaire et du marché concerné, pour vérifier si l'entreprise bénéficiaire perçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché (voir, en ce sens, arrêt WestLB, point 7 supra, points 251 et 257).

99 Il convient d'examiner les arguments des parties quant aux différentes caractéristiques de l'apport litigieux en étudiant, d'abord, ceux qui concernent les caractéristiques sur lesquelles la Commission s'est fondée principalement pour considérer que la rémunération de l'apport litigieux devait être comparée à celle des apport tacites à durée déterminée, ensuite, ceux qui concernent les caractéristiques de l'apport litigieux

que la Commission a considérées comme n'empêchant pas ladite comparaison et, enfin, ceux qui concernent des caractéristiques de l'apport litigieux qui n'ont pas été invoquées au cours de la procédure administrative et qui n'ont pas été examinées dans la décision attaquée. Il conviendra également d'examiner les critiques du requérant quant à la période de référence prise en compte par la Commission pour l'application du critère de l'investisseur privé.

Sur les caractéristiques sur lesquelles la Commission s'est fondée pour considérer que la rémunération de l'apport litigieux devait être comparée à celle des apports tacites à durée déterminée

— Risque de perte en cas de faillite ou de liquidation

100 La Commission a considéré que l'apport litigieux présentait le même risque en cas de faillite ou de liquidation que les apports tacites à durée déterminée existant sur le marché parce qu'il devait, dans un tel cas, être remboursé avant le capital social. Elle s'est fondée à cet égard sur les dispositions du contrat ainsi que sur un rapport d'expertise produit par la République fédérale d'Allemagne (considérant 131 de la décision attaquée).

101 Les dispositions pertinentes du contrat sont les articles 3 et 9. L'article 3, concernant la « Participation aux pertes », prévoit, dans son paragraphe 2 :

« [L]es rapports entre les créances de l'apporteur et celles des autres investisseurs en fonds propres au sens de l'article 10 du [Kreditwesengesetz] sont réglés en fonction de l'ordre chronologique d'apport des capitaux à la banque, de sorte que des créances résultant de fonds propres précédemment apportés ont la priorité. En cas d'apports simultanés de capitaux, les créances sont satisfaites selon la quote-part de fonds propres de garantie qu'elles représentent au sens de l'article 10, paragraphes 4 et 5, du

[Kreditwesengesetz]. Pour les apports au titre de l'article 10, paragraphe 4, du [Kreditwesengesetz], la date pertinente est celle de la réalisation de l'apport alors qu'en matière de droits de jouissance, la date pertinente est celle qui marque le début de leur durée de validité. »

102 L'article 9, relatif à l'« Infériorité de rang », prévoit :

« En cas de faillite ou de liquidation de la banque, le règlement de la créance de restitution n'intervient — sous réserve de l'article 3, paragraphe 2 […] — qu'après satisfaction de tous les créanciers de la banque — à l'exception des investisseurs privés de rang inférieur, conformément à l'article 10 du [Kreditwesengesetz]. »

103 Le rapport d'expertise produit par la République fédérale d'Allemagne indique :

« L'article 3, paragraphe 2, du contrat ne change rien à la priorité, prévue par la loi, du remboursement de l'apport tacite sur un éventuel reliquat d'avoir en cas de faillite ou de liquidation de la banque. C'est ce que montre en premier lieu l'économie de la disposition qui, dans sa deuxième phrase, ne mentionne que le capital propre au sens de l'article 10, paragraphes 4 et 5, du [Kreditwesengesetz] et qui, dans sa troisième phrase, ne définit la date déterminant l'ordre chronologique aux fins de cette disposition que pour l'apport tacite et les droits de jouissance. »

104 Le requérant fait valoir, premièrement, que, bien qu'un apport tacite doive en principe être remboursé avant le capital social, la question de savoir si cela vaut également en ce qui concerne l'apport litigieux reste ouverte au regard du texte du contrat. Il soutient en outre qu'il ne sait pas sur quels éléments l'auteur du rapport d'expertise cité par la Commission se fonde pour parvenir à la conclusion, contraire au texte du contrat, que l'apport litigieux doit être remboursé avant le capital social. Dans sa réplique, il affirme que, dès lors que les créanciers ayant octroyé des fonds propres de base sont satisfaits,

conformément à l'article 3, paragraphe 2, et à l'article 9 du contrat, selon l'ordre chronologique de leurs apports, le Land devait partir du principe qu'il serait le dernier satisfait en cas de faillite ou de liquidation de la Helaba, non seulement après tous les créanciers « normaux », mais également après tous les investisseurs en fonds propres de base et donc aussi après les investisseurs dans le capital social.

105 À cet égard, il convient de constater, d'une part, que le contrat ne prévoit pas expressément que l'apport litigieux doit être remboursé après le capital social et, d'autre part, que la référence à d'« autres investisseurs en fonds propres au sens de l'article 10 du [Kreditwesengesetz] », figurant dans la première phrase de l'article 3, paragraphe 2, du contrat, crée une difficulté d'interprétation quant à la question de savoir si la priorité des créances relatives aux capitaux ayant été apportés antérieurement concerne également les apports de capital social.

106 Or, d'une part, il convient d'observer que, même si le requérant affirme, dans certains passages de ses mémoires, que le contrat prévoit que l'apport litigieux doit être remboursé après le capital social, il affirme également, dans sa requête, que la question de savoir si la règle de droit supplétif — selon laquelle les apports tacites doivent être remboursés avant le capital social — est applicable à l'apport litigieux reste ouverte. D'autre part, malgré le fait que le rapport d'expertise mentionné par la Commission lui a été communiqué à la demande du Tribunal, le requérant n'a pas avancé d'arguments visant à contester l'interprétation de l'auteur du rapport d'expertise selon laquelle la référence à d'« autres investisseurs en fonds propres au sens de l'article 10 du [Kreditwesengesetz] », figurant dans la première phrase de l'article 3, paragraphe 2, du contrat, devait être comprise à la lumière des deuxième et troisième phrases de cette disposition, qui concernent les apports tacites et les droits participatifs et non le capital social.

107 Dans ces circonstances, force est de constater que les arguments du requérant ne permettent pas de considérer que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant, au vu du rapport d'expertise fourni par la République fédérale d'Allemagne, que l'apport litigieux devait être remboursé, en cas de faillite ou de liquidation, avant le capital social. Le seul fait que le requérant interprète le contrat d'une manière différente de celle retenue dans le rapport d'expertise, par la

Commission et par les parties à l'apport litigieux, ne suffit en effet pas à prouver l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation.

108 Le requérant fait valoir, deuxièmement, que, même si l'apport litigieux devait être remboursé avant le capital social, le risque de perte serait semblable à celui du capital social dès lors que, en pratique, en cas de faillite, les créanciers de rang inférieur et les investisseurs dans le capital social ne reçoivent rien.

109 Il suffit de constater à cet égard que, à supposer même que tous les cas de faillites dans le domaine bancaire impliquent tant pour les propriétaires que pour les créanciers de rang inférieur la perte totale de leurs capitaux, ce que la Commission et les intervenants contestent, cette caractéristique est partagée par tous les apports tacites reconnus en tant que fonds propres de base, dès lors qu'ils sont tous nécessairement des créances de rang inférieur. Par conséquent, cette caractéristique de l'apport litigieux, même si elle est partagée avec le capital social, ne le distingue pas des apports tacites reconnus en tant que fonds propres de base.

110 Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer que les arguments du requérant ne permettent pas de juger que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que l'apport litigieux présentait, en cas de faillite ou de liquidation, le même risque que les apports tacites.

— Profil de rentabilité

111 La Commission a considéré que l'apport litigieux constituait un apport tacite normal en ce que le Land, à l'instar d'un investisseur dans un apport tacite à durée déterminée, reçoit, aussi longtemps que l'entreprise ne subit pas de pertes, l'intégralité de la rémunération convenue, tandis que l'investisseur dans le capital social n'a droit qu'au

paiement d'un dividende proportionnel au bénéfice (considérant 132 de la décision attaquée).

112 Le requérant critique cette appréciation et fait valoir que tant la rémunération fixe que la rémunération variable peuvent être utilisées pour le capital social et pour des apports tacites, l'une comme l'autre pouvant s'avérer plus avantageuse selon les résultats de la banque. Il fait observer à cet égard que, dans l'affaire WestLB, la Commission a comparé l'opération en cause avec un investissement dans le capital social, malgré le fait que la rémunération en cause était fixe. Il ajoute que, en tout état de cause, du point de vue de l'investisseur, la question principale est de savoir si le paiement de la rémunération dépend de la réalisation de bénéfices. Il considère que, en l'espèce, c'est bien le cas, dès lors que le Land ne reçoit la totalité de sa rémunération que si le bénéfice de la Helaba est au moins égal à la rémunération et qu'il n'est pas nécessaire à des fins de renflouement des fonds propres.

113 S'agissant, en premier lieu, du caractère fixe ou variable de la rémunération, il convient de constater d'emblée qu'il ne s'agit pas en l'espèce de savoir lequel est plus avantageux dans une situation précise, mais de déterminer si la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que le fait que la rémunération convenue entre les parties est une rémunération fixe, qui doit être versée en principe dès que la Helaba ne subit pas de pertes, rend l'apport litigieux plus proche des apports tacites à durée déterminée que du capital social parce que ce mode de rémunération est propre aux apports tacites.

114 À cet égard, la Helaba fait valoir de manière pertinente que, même dans les cas où une rémunération fixe est prévue pour le capital social, les bénéfices réels que les propriétaires de la banque tirent de son investissement sont toujours variables. En effet, dès lors que le bénéfice dépassant la rémunération fixe versée ira augmenter les provisions de la banque, qui doivent être distribuées en cas de liquidation ou ont une influence positive sur la valeur des actions, les bénéfices de l'investisseur dans le capital social iront au-delà de la rémunération qu'il a reçue. Dans ces circonstances, le montant final ne peut pas être prévu à l'avance, rendant ainsi la rémunération finale de l'investissement variable.

115 La Helaba souligne également, sans être contredite par le requérant, que, dans l'étude relative aux fonds propres de base hybrides que le requérant lui-même a déposée, il est indiqué que les meilleurs fonds propres de base sont ceux sous la forme de capital social, car ce sont les seuls qui ne donnent pas lieu, notamment, à des obligations de paiement fixes.

116 Il en résulte ainsi que, même si ce n'est peut-être pas toujours le cas, il est effectivement habituel que les apports tacites soient rémunérés de manière fixe et le capital au moyen de dividendes variables. En tout état de cause, alors que la rémunération des apports tacites doit être versée obligatoirement dès que les conditions prévues par le contrat sont réunies, l'utilisation des bénéfices par les propriétaires peut prendre des formes différentes, telles que le versement aux réserves ou la distribution de bénéfices, et dépend, en principe, de leur volonté majoritaire.

117 Cette conclusion n'est pas infirmée par l'argument du requérant tiré de la décision WestLB de 1999. D'une part, il convient de rappeler que cette décision a été annulée par le Tribunal dans son arrêt WestLB, point 7 supra. D'autre part, dans la mesure où l'argument du requérant pourrait être compris comme visant la décision WestLB de 2004, il convient d'observer que le fait que la Commission a considéré que la rémunération du capital transféré dans l'opération en cause devait être comparée à la rémunération du capital social n'implique pas que le profil de rentabilité de ladite opération soit propre au capital social, mais uniquement que, dans le cadre de l'examen global de l'opération, d'autres éléments plaidaient fortement pour cette assimilation. La Commission avait à cet égard notamment mentionné que le capital transféré était considéré comme fonds propres de base alors que les instruments proposés par la République fédérale d'Allemagne à titre de comparaison ne pouvaient être utilisés en Allemagne que comme fonds propres complémentaires.

118 S'agissant, en second lieu, de l'argument du requérant selon lequel, tant dans le cas de l'apport litigieux que dans celui du capital social, la rémunération dépend de l'existence de bénéfices, il convient de constater que le fait que le versement de la rémunération, même si celle-ci est fixe, dépende de ce que la banque n'enregistre pas un déficit annuel et de ce que ledit versement ne donne pas lieu à un tel déficit est commun à tous les

apports tacites reconnus en tant que fonds propres de base, dès lors que l'article 10, paragraphe 4, du Kreditwesengesetz (loi allemande sur les établissements de crédit) l'exige. Par conséquent, cette circonstance n'est pas de nature à démontrer que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que l'apport litigieux présentait des similitudes avec les apports tacites reconnus en tant que fonds propres de base existant sur le marché.

119 Par ailleurs, force est de constater que le montant de bénéfices nécessaire pour que la rémunération de l'apport litigieux, ou d'autres apports tacites, puisse être versée est moindre que celui devant être atteint pour que les propriétaires de la banque reçoivent un dividende. En effet, la rémunération des apports tacites constitue, conformément à la législation allemande, une dépense d'exploitation qui est donc versée avant impôts et avant la distribution des bénéfices. Il en résulte qu'il suffit que la banque obtienne un excédent annuel avant impôts égal à la rémunération des apports pour que l'investisseur reçoive l'intégralité de sa rémunération. En revanche, pour que les propriétaires reçoivent le même montant sous forme de dividendes, il faudrait, en principe, que la banque réalise un excédent annuel avant impôts égal à la somme de la rémunération des apports tacites, du montant de l'impôt et du montant dudit dividende.

120 L'argument du requérant, avancé en réponse à une question du Tribunal lors de l'audience, selon lequel cette caractéristique ne distingue pas vraiment l'apport litigieux et les apports tacites négociés sur le marché par rapport au capital social, dès lors que les propriétaires peuvent faire apparaître des bénéfices distribuables même en cas de pertes annuelles — notamment en réduisant les réserves —, contredit son argument selon lequel les conditions de versement de la rémunération de l'apport litigieux le rendent plus proche d'un investissement en capital social que des apports tacites émis sur le marché. En effet, alors que le versement de la rémunération des apports tacites requiert l'existence d'un excédent annuel, le versement de dividendes peut être réalisé même en cas de pertes annuelles en faisant apparaître un bénéfice distribuable.

121 En outre, alors que le versement de la rémunération des apports tacites est obligatoire dès que les conditions prévues par le contrat sont remplies, le versement de dividendes

à l'issue d'un exercice ayant donné lieu à des pertes annuelles n'est pas automatique, mais implique une approbation de la majorité des actionnaires. De surcroît, comme l'a reconnu le requérant lors de l'audience en réponse à une question du Tribunal, le fait pour une banque ayant eu des pertes annuelles et n'ayant pas versé la rémunération des apports tacites de verser des dividendes nuirait à sa réputation et aux chances de succès de ses futures émissions.

122 Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer que le requérant ne démontre pas que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que le profil de rentabilité de l'apport litigieux était caractéristique des apports tacites.

Sur les caractéristiques de l'apport litigieux que la Commission a considérées comme n'empêchant pas la comparaison de la rémunération de l'apport litigieux avec celle des apports tacites à durée déterminée

123 La Commission a écarté les arguments du requérant tirés du volume de l'apport litigieux, de la part qu'il représente dans les fonds propres de base de la Helaba et de son caractère permanent.

— Volume

124 La Commission a estimé que l'importance du volume absolu de l'apport litigieux n'impliquait pas nécessairement qu'il devait être qualifié de capital social. Elle s'est référée à cet égard au fait que, en conséquence du modèle progressif, entre 1999 et 2002, la Helaba ne pouvait utiliser afin de garantir ses opérations commerciales qu'une partie des fonds transférés. Elle a, en outre, écarté la comparaison avec l'affaire WestLB au

motif que, dans cette affaire, l'importance du volume du capital injecté était uniquement un indice parmi d'autres permettant l'assimilation avec le capital social. Elle affirme à cet égard qu'elle a également pris en compte, notamment, le fait que les fonds étaient pleinement soumis au risque de perte en cas de faillite ou de liquidation et le fait que le marché des instruments de capitaux propres hybrides n'était pas encore développé en Allemagne (considérant 133 de la décision attaquée).

125 Le requérant fait valoir qu'il convient, du point de vue de l'investisseur, de distinguer deux aspects, à savoir le montant total de l'émission et l'importance de la part de l'émission imputable à chaque investisseur. Il critique le fait que la Commission ne procède pas à cette distinction.

126 S'agissant, en premier lieu, du montant total de l'émission, premièrement, le requérant conteste les motifs avancés par la Commission pour considérer que, même si l'importance du volume de l'émission a été prise en compte dans l'affaire WestLB comme indice de la similitude avec le capital social, l'importance du volume de l'apport litigieux n'impliquerait en l'espèce pas une telle qualification. Ainsi, il rappelle que, selon lui, l'apport litigieux participe, économiquement parlant, pleinement au risque de perte en cas de faillite ou de liquidation et fait valoir qu'un marché des capitaux sur lequel un investisseur privé aurait réalisé dans la Helaba un investissement tel que l'apport litigieux n'a jamais existé ni en 1998 ni par la suite. Il fait valoir que tant la Commission, dans la décision WestLB de 1999, que le Tribunal, dans son arrêt WestLB, point 7 supra, ont attaché une importance considérable au volume élevé de l'apport de fonds lors de la qualification de l'opération. Il considère que le fait que le volume de l'apport litigieux est particulièrement élevé, et a donc une importance considérable en l'espèce, est confirmé par la comparaison avec les opérations mentionnées par la Commission au considérant 164 de la décision attaquée, mais aussi par le fait que l'apport litigieux représente 25 % du volume total européen des instruments de capitaux propres de base hybrides en 1998.

127 Deuxièmement, le requérant considère que la justification de la Commission tirée du modèle progressif ne peut pas être acceptée dès lors qu'un investisseur privé ne l'aurait

pas accepté et qu'il est erroné de considérer que ce système revenait à cinq apports de moindre quantité étant donné que, d'une part, la totalité de l'apport litigieux a été immédiatement reconnue en tant que fonds propres de base de la Helaba et, d'autre part, dans le cas d'apports versés à différents moments, les conditions de chaque apport seraient différentes, alors que, en l'espèce, tout l'apport est soumis à des conditions uniformes.

128 Pour ce qui est, d'abord, de la comparaison avec l'affaire WestLB, il convient de rappeler que la décision WestLB de 1999, sur laquelle se fonde le requérant, a été annulée par le Tribunal. En outre, s'il est vrai que, dans sa décision WestLB de 2004, adoptée à la suite de cette annulation et mentionnée au considérant 133 de la décision attaquée, la Commission a pris en compte l'importance du volume du capital transféré pour assimiler le transfert en cause dans cette affaire au capital social, elle ne s'est pas fondée sur le volume absolu de l'opération mais sur la part des fonds propres de base de la WestLB que représentait le capital en cause ainsi que, de manière décisive, sur le fait que, à la date où cette opération a été réalisée, les instruments de capitaux propres hybrides ne constituaient pas plus de 20 % des fonds propres, n'étaient pas considérés en Allemagne comme des fonds propres de base et n'étaient pas tous émis sans limitation de temps (considérants 204, 206, 208 et 209 de la décision WestLB de 2004).

129 En revanche, pour ce qui est de l'apport litigieux, son montant (1,264 milliard d'euros), même s'il est supérieur à celui des opérations utilisées par la Commission à titre de comparaison, est encore très éloigné du volume de l'opération en cause dans l'affaire WestLB (3,02 milliards d'euros inscrits au bilan, dont 2,05 milliards reconnus comme fonds propres de base) (considérants 54 et 71 de la décision WestLB de 2004). Par ailleurs, comme le souligne la Commission, l'apport litigieux a été accordé à la fin de l'année 1998, alors que celui en cause dans l'affaire WestLB datait de 1991. Or, il n'est pas contesté que, à la fin de l'année 1998, les instruments de capitaux propres hybrides pouvaient déjà être considérés, conformément à la législation allemande, comme des fonds propres de base et non seulement comme des fonds propres complémentaires, être émis pour une durée indéterminée et, en remplissant les conditions de la déclaration de Sydney, représenter une partie importante des fonds propres de base d'une banque.

130 Il convient également d'écarter l'argument du requérant selon lequel le Tribunal, dans son arrêt WestLB, point 7 supra, a attaché une importance considérable au critère du volume de l'investissement. En effet, dans ledit arrêt, le Tribunal a constaté que la Commission avait expliqué pourquoi elle estimait que les différences entre les instruments de capitaux propres hybrides et l'opération litigieuse étaient telles que la comparaison de celle-ci avec ces instruments n'avait qu'une valeur limitée et a affirmé que, en particulier, la Commission avait attiré l'attention sur le fait que les instruments de capitaux propres hybrides invoqués par les parties requérantes dans cette affaire ne constituaient généralement qu'une petite partie des fonds propres d'une banque, contrairement aux fonds transférés à la WestLB. Le Tribunal s'est ainsi limité à vérifier que le raisonnement de la Commission dans le cas d'espèce n'était pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation, sans affirmer que le critère de l'importance du volume des fonds transférés était toujours déterminant. Il a par ailleurs rappelé que la Commission disposait d'un large pouvoir d'appréciation lors de cette détermination (arrêt WestLB, point 7 supra, points 350 et 351).

131 Pour ce qui est, ensuite, de la justification avancée par la Commission et selon laquelle, comme conséquence du modèle progressif, entre 1999 et 2002, la Helaba ne pouvait utiliser pour garantir ses activités commerciales qu'une partie des fonds transférés, il convient de rappeler qu'il a été jugé aux points 58 à 73 ci-dessus que la Commission n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en acceptant ledit modèle progressif. Par ailleurs, s'il est vrai, comme le fait observer le requérant, que la totalité de l'apport a été inscrite au bilan de la Helaba dès le jour de l'apport, il n'en reste pas moins que la partie dépassant les tranches annuelles prévues par le modèle progressif, tout comme la partie qui devait garantir les activités d'aide à la promotion de logements, a été considérée par la Commission comme remplissant uniquement une fonction de garantie et non d'expansion des activités commerciales et que, par conséquent, sa rémunération a été fixée en fonction de la rémunération qu'un investisseur privé exigerait pour une garantie et non en fonction de la rémunération qu'un tel investisseur exigerait pour un apport tacite permettant à la banque l'expansion de ses activités commerciales. Étant donné que les apports tacites permettent d'étendre immédiatement les activités commerciales, la Commission pouvait considérer, sans commettre une erreur manifeste d'appréciation, que, en tenant compte du modèle progressif, l'apport litigieux n'équivalait pas à un apport tacite de 1,2 milliard d'euros permettant à la Helaba l'expansion immédiate de ses activités, mais à une série de cinq apports tacites d'un volume allant de 180 à 380 millions d'euros.

132 L'argument du requérant selon lequel, dans le cas d'apports versés à différents moments, les conditions de chaque apport seraient différentes alors que l'apport litigieux est soumis à des conditions uniformes ne saurait infirmer cette conclusion. En effet, force est de constater que le requérant n'explique pas pourquoi les conditions applicables à cinq apports versés de manière successive seraient nécessairement différentes.

133 S'agissant, en second lieu, de la part de l'émission imputable à chaque investisseur, le requérant soutient que le fait que l'émission ne soit pas répartie entre un certain nombre d'investisseurs mais qu'elle soit souscrite par un seul investisseur est également inhabituel. Il affirme à cet égard que le risque encouru par un investisseur augmente progressivement avec l'importance du capital apporté tant dans l'absolu que par comparaison avec le risque encouru par d'autres opérateurs réalisant des investissements moins importants. Le requérant considère que, dans ces conditions, l'apport litigieux réalisé par un seul et même investisseur se rapproche d'un investissement dans le capital social.

134 À cet égard, il suffit de constater que le requérant n'avance pas le moindre élément permettant de considérer qu'il est habituel que la rémunération d'un investisseur souscrivant une partie d'un apport tacite varie selon l'importance de cette partie dans l'ensemble de l'émission, de telle sorte que les investisseurs ayant souscrit des volumes plus importants perçoivent une rémunération plus importante que les autres. En outre, dans les opérations utilisées par la Commission dans la décision attaquée à titre de comparaison, il est fait mention uniquement d'un taux de rémunération, rien ne permettant de supposer que les investisseurs ayant investi plus ont reçu une rémunération plus élevée. Par ailleurs, le requérant n'explique pas dans quelle mesure l'augmentation du risque encouru par le Land du fait de son souhait de ne pas diviser le fonds spécial rend son investissement semblable à un investissement dans le capital social d'une banque, dès lors que ce dernier investissement ne se caractérise pas nécessairement par son importance et qu'un détenteur de capital social peut souscrire un volume peu élevé tant dans l'absolu que par rapport à la totalité du capital.

135 Dans ces circonstances, il convient de considérer que les arguments du requérant ne permettent pas de considérer que la Commission a commis une erreur manifeste

d'appréciation en considérant que le volume de l'apport litigieux n'empêchait pas de considérer que celui-ci s'apparentait plus aux apports tacites ayant été émis sur le marché qu'au capital social.

— Marge de capital social

136 La Commission a considéré que le caractère réduit de la marge de capital social ne lui permettait pas d'exclure qu'un investisseur privé aurait réalisé un investissement comparable à l'apport litigieux sous la forme d'un apport tacite. Elle s'est fondée à cet égard sur le fait que, dès lors que les Landesbanken, en tant qu'établissements de droit public, ne peuvent pas obtenir de capital social sur les marchés financiers, elles utilisent des apports tacites dans une plus large mesure que les banques privées. Elle a indiqué que les investisseurs, dont certains privés, seraient davantage disposés à accepter une marge de capital social plus réduite dans le cas des Landesbanken parce que leur structure de risque serait moins élevée (considérant 134 de la décision attaquée).

137 Le requérant fait valoir que, même si la Commission évoque le fait que la marge de capital social est moins élevée en l'espèce que celle des banques privées, elle méconnaît le fait que l'apport litigieux présente quatre caractéristiques qui lui confèrent une qualité de garantie particulière et qui le font apparaître comme un moyen — proche du capital social — d'assurer durablement la base de capital de la Helaba. Il critique, en outre, l'appréciation de la Commission selon laquelle le caractère réduit de la marge de capital social ne permettait pas d'exclure qu'un investisseur privé aurait réalisé un investissement comparable sous la forme d'un apport tacite.

138 S'agissant, d'une part, des quatre caractéristiques de l'apport litigieux qui lui conféreraient une qualité de garantie particulière, en premier lieu, le requérant mentionne le fait qu'il représente une partie anormalement élevée des fonds propres de la Helaba, à savoir 40 %. En deuxième lieu, il relève que cette part élevée des fonds

propres de la Helaba a été souscrite par un seul investisseur alors que, dans les apports tacites utilisés par la Commission à titre de comparaison, aucun investisseur individuel n'avait de part dépassant 1 %. La marge de capital social pour l'investisseur serait ainsi de 99 % dans le cas des apports tacites utilisés à titre de comparaison et de 60 % dans le cas de l'apport litigieux. En troisième lieu, il souligne que la totalité de cet apport a été considérée comme constituant des fonds propres de base et pas seulement des fonds propres. En quatrième lieu, il relève que la totalité de l'apport a été considérée comme constituant des fonds propres de base de la Helaba, et non seulement des fonds propres de base du groupe auquel celle-ci appartient, donnant ainsi une plus grande flexibilité à la Helaba pour son utilisation, de sorte qu'un investisseur privé aurait demandé une majoration de sa rémunération.

139 À cet égard, force est de constater, tout d'abord, que l'apport litigieux représente à lui seul une partie effectivement très importante des fonds propres de la Helaba, alors que les apports tacites à durée déterminée ne peuvent représenter, conformément à la déclaration de Sydney, que 15 % des fonds propres de base. Il s'agit indiscutablement d'une différence entre l'apport litigieux et les apports tacites à durée déterminée.

140 Pour ce qui est, ensuite, du fait que l'apport litigieux a été souscrit par un investisseur unique qui dispose, de ce fait, de 40 % des fonds propres de la Helaba, il y a lieu de considérer que cette circonstance n'est pas de nature à transformer, d'un point de vue économique, un apport tacite en capital social, de la même manière que le fait qu'un investisseur détienne une partie infime du capital social n'a pas pour effet de priver son investissement de sa nature d'investissement dans le capital social.

141 Certes, la partie des fonds propres détenue par l'investisseur conditionne son exposition aux risques, mais elle n'affecte pas la nature de ce risque ni la qualification économique des investissements réalisés. Ainsi, les caractéristiques essentielles distinguant les apports tacites du capital social, à savoir le rang en cas de faillite ou de liquidation, les conditions de versement d'une rémunération et les avantages ou inconvénients liés, pour la banque, au recours à l'une ou à l'autre de ces techniques, restent les mêmes, quel que soit le montant de l'investissement individuel.

142 Pour ce qui est du fait que l'apport litigieux a été considéré comme constituant des fonds propres de base de la Helaba et pas de son groupe, il y a lieu de constater que la Commission et les intervenants n'ont pas contesté qu'il s'agit effectivement d'une particularité de l'apport litigieux. Cependant, le fait, invoqué par le requérant, que cette qualification donne à la Helaba une flexibilité accrue dans l'utilisation des fonds ne permet pas d'identifier un élément augmentant le profil de risque de l'apport litigieux par rapport aux apports tacites et l'apparentant au capital social.

143 Enfin, pour ce qui est du fait que l'apport litigieux a été considéré dans sa totalité comme fonds propres de base, il convient d'observer que le requérant se limite à mentionner cette caractéristique sans développer son argument. Dès lors qu'elle est la conséquence du fait que l'apport litigieux a été conçu comme un « perpetual » sans clause de hausse d'intérêts (ci-après, la « clause de step-up »), il convient de renvoyer à l'appréciation du Tribunal concernant le caractère permanent de l'apport litigieux (voir points 150 à 154 ci-après).

144 S'agissant, d'autre part, de l'appréciation de la Commission selon laquelle le caractère réduit de la marge de capital social ne lui permettait pas d'exclure qu'un investisseur institutionnel privé aurait réalisé un investissement comparable à l'apport litigieux sous la forme d'un apport tacite, le requérant soutient que le fait que les Landesbanken recourent plus souvent à des apports tacites n'implique pas que les investisseurs renoncent à une rémunération appropriée. Il ajoute que lesdits apports tacites étaient, en tout état de cause, souscrits par leurs propriétaires, investisseurs publics, et non par des investisseurs privés, de sorte que la Commission ne pouvait pas s'y référer à titre de comparaison. Concernant l'affirmation de la Commission selon laquelle les investisseurs seraient davantage disposés à accepter une marge de capital social plus réduite dans le cas des Landesbanken parce que leur structure de risque serait moins élevée, le requérant fait valoir que la comparaison entre la notation des Landesbanken et celle des banques privées démontre que la structure de risque des premières n'est pas moins élevée.

145 Il convient de relever que, comme l'indique le requérant, la question n'est pas de savoir si l'apport litigieux pouvait être émis sur le marché malgré l'existence d'une marge de capital social de seulement 60 %, mais si cette circonstance rend l'apport litigieux plus

proche, pour ce qui est de son profil de risque, des apports tacites à durée déterminée ou du capital social et exige une rémunération plus importante.

146 À cet égard, il convient d'observer qu'il ressort du dossier que, avant la déclaration de Sydney, les apports tacites ne représentaient qu'une petite partie des fonds propres de base des banques. Ce n'est qu'à la suite de cette déclaration, en octobre 1998, qu'il a été clarifié que les instruments de capitaux propres hybrides pouvaient être considérés comme des fonds propres de base au-delà de la limite de 15 % et que les conditions de cette reconnaissance ont été précisées. Il est donc permis de supposer que, au moment où les parties se sont finalement entendues sur l'apport litigieux, en décembre 1998, les conséquences de la déclaration de Sydney sur la proportion des fonds propres de base obtenus par l'intermédiaire d'instruments de capitaux propres hybrides, et donc sur la marge de capital social, n'étaient pas encore apparues sur le marché.

147 Or, il ressort de la décision attaquée (considérants 129 et 134) que, par la suite, tant les banques privées que les Landesbanken ont augmenté la part des instruments de capitaux propres hybrides dans leurs fonds propres de base, cette augmentation étant particulièrement importante dans le cas des Landesbanken. Il ressort également de la décision attaquée (considérants 179 et 180) que les instruments de capitaux propres hybrides ayant été émis par les banques postérieurement à la déclaration de Sydney et remplissant les conditions de celle-ci pour être reconnus en tant que fonds propres de base au-delà du plafond de 15 % n'ont pas été rémunérés à un taux beaucoup plus important que les apports tacites émis antérieurement. Enfin, il ressort de la décision attaquée (considérant 134) ainsi que de la réponse de la Commission à une question écrite du Tribunal que, parmi les investisseurs ayant souscrit des apports tacites émis par les Landesbanken, il y avait des investisseurs privés qui n'avaient pas exigé une rémunération plus importante des apports pour tenir compte du caractère réduit de la marge de capital social desdites banques.

148 Dans ces circonstances, l'argumentation du requérant ne permet pas de considérer que, eu égard à la marge réduite de capital social, le profil de risque de l'apport litigieux est, du point de vue économique, proche du capital social.

149 Au vu des considérations qui précèdent, il n'y a pas lieu d'examiner les critiques du requérant à l'égard de l'affirmation de la Commission selon laquelle les investisseurs seraient davantage disposés à accepter une marge de capital social plus réduite dans le cas des Landesbanken parce que leur structure de risque serait moins élevée. En effet, les raisons pour lesquelles les investisseurs seraient davantage disposés à accepter une marge de capital social plus réduite dans le cas des Landesbanken sont sans importance en l'espèce, dès lors qu'il est établi que l'existence d'une marge de capital social réduite n'empêche pas les investisseurs privés de souscrire aux apports tacites des Landesbanken ni ne les amène à demander une rémunération supérieure à celle des apports tacites émis par des banques ayant une marge de capital social plus importante.

— Caractère permanent de l'apport et absence de possibilité de cession

150 Dans la décision attaquée, la Commission a considéré, en substance, que le caractère permanent de l'apport et l'absence de possibilité de cession ne justifiaient pas que la rémunération de l'apport litigieux soit comparée à la rémunération du capital social plutôt qu'à celle des apports tacites à durée déterminée et que l'incidence de cette caractéristique devait être examinée dans le cadre du calcul de la rémunération adéquate. Elle a motivé cette appréciation en indiquant que le caractère permanent de l'apport litigieux impliquait principalement un risque pour l'investisseur de ne pas pouvoir suivre des augmentations des taux d'intérêts sur le marché, mais qu'il n'avait pas d'influence sur le niveau de risque de perte en cas de faillite ou de liquidation (considérant 138 de la décision attaquée).

151 Le requérant fait valoir que le facteur qui augmente le profil de risque de l'apport litigieux par rapport aux apports tacites émis sur le marché n'est pas sa durée indéterminée, mais le fait que le Land ne peut pas désinvestir parce que ledit apport n'est pas fongible et qu'il ne peut pas transférer ses droits à un tiers sans l'accord de la Helaba. En revanche, les « perpetuals » émis sur le marché seraient cotés en bourse de sorte que l'investisseur pourrait désinvestir à tout moment et ne serait pas lié à la banque pour une durée indéterminée. Dans sa réplique, il critique le fait que la

Commission traite, selon lui, la permanence et la fongibilité comme si ces deux aspects n'avaient aucun rapport entre eux alors que le profil de risque de l'apport litigieux résulterait de l'interaction entre les deux caractéristiques, ce qui aurait comme conséquence de rendre le désinvestissement impossible pour le Land. Il conteste, en outre, les arguments de la Commission selon lesquels la fongibilité ne serait pas exclue mais seulement restreinte.

152 Il convient de constater que les parties ont confirmé à l'audience, en réponse à une question du Tribunal, qu'il existe des apports tacites conclus, comme en l'espèce, de gré à gré entre la banque émettrice et les investisseurs, qui ne sont pas cotés en bourse. Il en résulte que la fongibilité découlant de la cotation en bourse d'un apport n'est pas une caractéristique de tous les apports tacites souscrits par des investisseurs privés. Il ne ressort cependant pas du dossier que les apports négociés de gré à gré soient rémunérés à un niveau plus important que ceux cotés en bourse.

153 En tout état de cause, il convient d'observer que l'apport litigieux se distingue à cet égard également des investissements dans le capital social dans la mesure où, comme le requérant l'a fait valoir au cours de la procédure administrative ayant précédé l'adoption de la décision attaquée (considérant 68 de la décision attaquée), l'associé, tout au moins des sociétés par actions comme les banques allemandes ayant émis les apports utilisés par la Commission à titre de référence, peut vendre librement son investissement à tout moment.

154 Il en résulte que, à supposer même que l'investissement du Land ne soit pas fongible et que cela augmente le risque de perte en cas de faillite ou de liquidation par rapport aux apports tacites, cette circonstance différencie l'apport litigieux également d'un investissement en capital social dans les banques ayant émis les apports utilisés par la Commission à titre de référence, et n'implique pas que la Commission ait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que l'apport litigieux devait être comparé avec d'autres apports tacites émis sur le marché, et non au capital social, tout

en tenant compte, par le biais des majorations nécessaires, dont notamment celle au titre de la permanence, de ses spécificités.

Caractéristiques de l'apport litigieux non invoquées au cours de la procédure administrative et non examinées dans la décision attaquée

155 Le requérant soutient que l'apport litigieux comporte un important risque de perte tant de la rémunération que des fonds apportés, et ce même en dehors de l'hypothèse d'une liquidation ou d'une faillite qui a été examinée ci-dessus. Il se réfère à cet égard au fait que l'apport litigieux participe aux pertes annuelles de la Helaba, ainsi qu'aux risques que court le Land de ne pas percevoir la rémunération en cas de perte annuelle de la Helaba et de ne pas pouvoir récupérer les fonds apportés par l'intermédiaire d'une restitution.

156 S'agissant de la participation aux pertes annuelles de la Helaba, le requérant soutient que l'apport litigieux participe, d'un point de vue économique, auxdites pertes de la même manière que le capital social, dès lors que, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, et de l'article 8, paragraphe 1, du contrat, l'apport participe intégralement à une éventuelle perte annuelle de la Helaba et que les éventuelles pertes restreignent le droit au remboursement du Land en cas de résiliation. Il ajoute que le fait que la participation aux pertes est typique de tous les apports tacites est sans pertinence dès lors qu'il importe d'apprécier cette circonstance dans le cadre de l'ensemble des caractéristiques économiques de l'apport litigieux. Il considère, en outre, que le fait que, en vertu de l'article 4 du contrat (clause de meilleure fortune), en cas de pertes, d'éventuels bénéfices futurs doivent être consacrés au renflouement de l'apport ne met pas le Land dans une situation plus avantageuse que celle d'un actionnaire parce qu'il ne bénéficie pas, à la différence de ce dernier, de l'augmentation de la valeur de l'entreprise.

157 À cet égard, il convient de constater que, s'il est vrai que la participation aux pertes rapproche l'apport litigieux du capital social, raison pour laquelle il a été reconnu par la

BAKred en tant que fonds propres de base de la Helaba, il n'en reste pas moins qu'elle ne le distingue pas d'autres apports tacites également reconnus comme fonds propres de base.

158 Il est certes exact que, en l'espèce, la mesure dans laquelle la valeur de l'apport sera diminuée en raison des pertes de la Helaba sera plus importante que pour les apports utilisés par la Commission comme référence. Cette circonstance étant toutefois la conséquence du fait que l'apport litigieux représente une partie plus importante des fonds propres de base de la Helaba que d'autres apports dans les fonds propres des banques émettrices, elle ne représente pas une caractéristique de l'apport litigieux distincte de celle de son volume par rapport aux fonds propres de base totaux de la Helaba (voir points 136 à 149 ci-dessus).

159 Concernant la clause de meilleure fortune prévue par l'article 4 du contrat (voir point 156 ci-dessus), il suffit de constater que, s'il est possible, comme le prétend le requérant, qu'elle n'avantage pas nécessairement le Land par rapport à un investisseur dans le capital social, dès lors que la question de savoir quel investissement est plus avantageux dépend des circonstances de chaque exercice annuel, force est de constater, en tout état de cause, qu'elle les distingue et rend donc l'apport litigieux plus proche des apports tacites, qui peuvent prévoir une telle clause, que du capital social.

160 Dans ces circonstances, la participation aux pertes de l'apport litigieux ne saurait être de nature à démontrer que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en comparant la rémunération de l'apport litigieux avec celle des apports tacites à durée déterminée.

161 S'agissant du risque que court le Land de ne pas percevoir la rémunération en cas de perte annuelle de la Helaba, le requérant fait valoir que la rémunération devant être versée au Land constitue une partie importante des bénéfices de la Helaba et que, par conséquent, il y a un risque important que le Land ne la perçoive pas. Il soutient à cet

égard que la rémunération devant être payée au Land constituait une partie des bénéfices de la Helaba dans l'année de l'apport litigieux beaucoup plus importante que celle que la rémunération des apports émis par des banques privées utilisés comme référence dans la décision attaquée représentait dans les bénéfices de chacune de ces banques.

162 S'agissant du risque que court le Land de ne pas pouvoir récupérer les fonds apportés par l'intermédiaire d'une restitution, le requérant fait valoir que, étant donné l'importance quantitative de l'apport litigieux dans les fonds propres de base de la Helaba, celle-ci ne sera pas en mesure de restituer l'apport au Land parce que ses bénéfices ne lui permettraient pas de remplacer les fonds propres de base qu'elle perdrait à cette occasion.

163 Il convient d'observer que ces deux caractéristiques de l'apport litigieux sont, en substance, la conséquence du fait que celui-ci représente une partie des fonds propres de base de la Helaba plus élevée que celle représentée par les opérations de référence dans les fonds propres de base des banques. À l'instar de ce qui a été jugé par rapport à la participation aux pertes (voir point 158 ci-dessus), il n'y a dès lors pas lieu d'examiner ces deux caractéristiques indépendamment. En outre, pour ce qui est de la part des bénéfices de la Helaba en 1998 que représenterait la rémunération du Land, force est de constater, d'une part, que le requérant ne tient pas compte du fait que, conformément au modèle progressif, la Helaba ne devait rémunérer la totalité de l'apport litigieux — à l'exception de la partie nécessaire pour garantir les activités d'aide à la construction de logement — au taux de 1,4 % qu'à partir de 2003 et, d'autre part, qu'il utilise pour sa comparaison le bénéfice après impôts de la Helaba en 1998 et non son excédent annuel avant impôts, alors qu'il n'est pas contesté que, l'apport litigieux étant un apport tacite, sa rémunération constitue, conformément à la législation allemande, une dépense d'exploitation devant être payée avant impôts.

164 Il en résulte que les arguments du requérant quant aux risques que court le Land de ne pas percevoir de rémunération en cas de perte annuelle de la Helaba et de ne pas pouvoir récupérer les fonds apportés par l'intermédiaire d'une restitution ne permettent pas de considérer que la Commission a commis une erreur manifeste

d'appréciation en comparant la rémunération de l'apport litigieux avec celle des apports tacites à durée déterminée.

Sur la situation du marché au moment de l'intégration de l'apport litigieux

165 D'une part, le requérant fait valoir que la Commission a erronément appliqué le critère de l'investisseur privé en ne se plaçant pas, aux fins de la qualification économique de l'apport litigieux, à la date de son octroi, à savoir le 31 décembre 1998.

166 Il fait observer à cet égard que, au considérant 129 de la décision attaquée, la Commission se réfère à la pratique des banques privées décrite par la République fédérale d'Allemagne, qui est résumée aux considérants 96 et 99 de ladite décision. Dans ces considérants, la Commission indiquerait que la République fédérale d'Allemagne avait expliqué, premièrement, que, quelques mois seulement après la Helaba, la Deutsche Bank avait obtenu un « perpetual » sur le marché des capitaux, deuxièmement, que le marché n'attribuait pas, dès 1999, une importance déterminante à la distinction entre instruments financiers à durée déterminée et à durée indéterminée et, troisièmement, que l'affirmation du requérant selon laquelle, pour des grands volumes, il ne serait possible de recourir qu'à du capital social était contredite par l'ordre de grandeur des apports tacites que des établissements de crédit privés avaient obtenus sur le marché des capitaux tant dans les années 1998 et 1999 que postérieurement. Il fait observer, en outre, que le tableau figurant au considérant 101 de la décision attaquée décrit l'évolution de la partie des fonds propres de base de trois banques privées constituée de fonds propres hybrides entre 1998 et 2003. Il soutient que, en se référant à la pratique des banques allemandes ainsi présentée par la République fédérale d'Allemagne, la Commission se fonde sur des informations qui n'étaient disponibles que dans les années qui ont suivi l'apport litigieux.

167 Le requérant ajoute que, à la fin de 1998, le Land ne pouvait pas prévoir les évolutions ultérieures qui interviendraient sur le marché des capitaux en ce qui concerne les apports tacites et les « perpetuals ». Il fait valoir que, par conséquent, la Commission

devait, pour la qualification économique de l'apport litigieux, prendre en considération uniquement la situation du marché telle qu'elle se présentait en 1998 et non les évolutions futures du marché des capitaux inconnues au moment de la réalisation de l'apport litigieux.

168 Il convient de rappeler que, conformément à la jurisprudence, la comparaison entre le comportement des investisseurs publics et celui des investisseurs privés doit être établie par rapport à l'attitude qu'aurait eue, lors de l'opération en cause, un investisseur privé, eu égard aux informations disponibles et aux évolutions prévisibles à ce moment (arrêts du Tribunal du 30 avril 1998, Cityflyer Express/Commission, T-16/96, Rec. p. II-757, point 76, et WestLB, point 7 supra, point 246).

169 En l'espèce, il convient tout d'abord de constater que la référence faite par la Commission, au considérant 129 de la décision attaquée, à la pratique des banques allemandes ne vise qu'à étayer son interprétation de la déclaration de Sydney selon laquelle celle-ci ne permet pas de conclure que des instruments financiers innovants permanents ne peuvent en aucun cas être reconnus en tant que fonds propres de base ou qu'ils relèvent également du plafond de 15 % des fonds propres de base. La Commission fait ainsi référence à cette pratique en indiquant qu'elle plaide en faveur de la possibilité d'utiliser en tant que fonds propres des instruments financiers innovants permanents au-delà du plafond de 15 %. La Commission ne fonde pas, par conséquent, son appréciation sur ces opérations postérieures à l'apport litigieux, mais les utilise seulement pour étayer sa propre interprétation de la déclaration de Sydney.

170 En tout état de cause, force est de constater que le requérant n'explique pas pourquoi l'évolution du marché ayant suivi la déclaration de Sydney n'était pas prévisible pour le Land et pour la Helaba au moment où ils sont convenus de l'apport litigieux. Cette explication serait d'autant plus nécessaire qu'il ressort de la décision attaquée que ladite évolution du marché a confirmé l'appréciation des parties à l'apport litigieux selon laquelle, d'une part, les « perpetuals » ne devaient pas être rémunérés par référence au

capital social et, d'autre part, l'importance de la marge de capital social n'affecterait pas le niveau de la rémunération.

171 D'autre part, le requérant conteste qu'il ait existé en Allemagne, au moment de l'apport litigieux, un marché développé d'instruments de capitaux propres hybrides sur lequel la Helaba aurait pu émettre un apport tel que l'apport litigieux. Il soutient ainsi qu'un « perpetual » sans clause de step-up tel que l'apport litigieux n'aurait pu être émis en 1998 à l'intention d'investisseurs institutionnels comme le Land. Ce ne serait qu'à partir de 2004 que les investisseurs institutionnels auraient accepté de souscrire de tels « perpetuals ». En outre, ces « perpetuals » auraient porté sur un volume moins important et auraient été cotés en bourse. Par ailleurs, l'apport litigieux n'aurait pas davantage pu être émis par la suite en raison de son volume, du fait qu'il a été souscrit par un seul investisseur, et reconnu en tant que fonds propres de base à concurrence de l'intégralité de son montant, et ce au niveau de la Helaba et non du groupe auquel elle appartient.

172 Le requérant soutient que la Commission occulte cette circonstance en affirmant que la Helaba aurait pu obtenir les fonds en émettant plusieurs tranches de moindre importance. À cet égard, il fait valoir notamment que cette affirmation viole le critère de l'investisseur privé dès lors qu'elle implique la prise en compte du comportement d'un investisseur dans une situation différente de celle du Land ainsi qu'une inversion des priorités en ce sens qu'elle repose sur les alternatives que la Helaba aurait eues dans le futur et non sur la question de savoir si un investisseur privé aurait accordé à la Helaba un apport de même nature et aux mêmes conditions. Il considère, par conséquent, que l'absence de développement du marché des instruments de capitaux propres de base hybrides en Allemagne aurait dû amener la Commission à considérer que la Helaba n'aurait pu se procurer un volume comparable de fonds propres de base sur le marché que sous la forme de capital social.

173 Il convient de constater que le requérant ne conteste pas directement la référence faite par la Commission, au considérant 137 de la décision attaquée, à l'existence d'un « perpetual » sans clause de step-up émis en 1987 et souscrit par des investisseurs

institutionnels et n'avance pas d'arguments visant à démontrer que la Commission ne pouvait pas fonder son appréciation sur cet élément. Ainsi, bien qu'il affirme que la première émission d'un « perpetual » sans clause de step-up souscrite par des investisseurs institutionnels allemands date de 2004 et la première émission de ce type réalisée par une banque allemande de 2005, ces affirmations ne suffisent pas à démontrer que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en se fondant sur l'opération mentionnée au considérant 137 de la décision attaquée pour écarter l'argument selon lequel des investisseurs institutionnels n'étaient pas disposés à souscrire des « perpetuals » sans clause de step-up, de sorte que l'apport litigieux ne pouvait être comparé, en raison de sa durée indéterminée, qu'au capital social.

174 En ce qui concerne les différences invoquées par le requérant entre l'apport litigieux et les apports tacites émis sur le marché, il convient de constater qu'elles correspondent à des arguments qui ont déjà été examinés et écartés.

175 Pour ce qui est de l'argument du requérant selon lequel la Commission violerait le critère de l'investisseur privé en affirmant que la Helaba aurait pu obtenir les fonds en émettant plusieurs tranches de moindre importance, il convient de rappeler que, s'il est certes vrai que le critère de l'investisseur privé exige d'apprécier si un tel investisseur aurait réalisé l'opération en cause aux mêmes conditions, il n'en reste pas moins que, conformément à la jurisprudence citée aux points 35 et 36 ci-dessus, l'objectif du contrôle des aides d'État est de déterminer si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché et que, à cette fin, il ne saurait être considéré que seul le point de vue de l'investisseur doit être pris en compte. Dès lors, le requérant ne saurait prétendre que la question de savoir si la Helaba aurait pu obtenir sur le marché les mêmes avantages au même prix est sans pertinence alors que cette question est essentielle afin de déterminer quel aurait été le résultat d'une négociation entre la Helaba et l'investisseur privé hypothétique se trouvant dans la situation du Land.

176 Dans ces circonstances, il convient de rejeter les griefs du requérant tirés de l'application d'une période de référence erronée et d'une appréciation erronée de la situation du marché au moment de l'intégration de l'apport litigieux.

Conclusion sur la qualification de l'apport litigieux d'apport tacite

177 Il n'est pas contesté que l'apport litigieux constitue un instrument particulier qui ne correspond exactement ni aux apports tacites émis sur le marché, qu'ils soient à durée déterminée ou indéterminée, ni au capital social.

178 Il résulte cependant de l'examen qui précède que l'apport litigieux se rapproche des apports tacites à durée déterminée reconnus en tant que fonds propres de base en raison des caractéristiques suivantes : son rang en cas de liquidation ou de faillite, et ce tant par rapport aux créanciers de la banque qu'aux propriétaires ; le fait qu'il existe une obligation de rémunération annuelle dont le montant est fixé dans le contrat ; le fait que la rémunération est suspendue en cas de perte annuelle, qu'elle constitue le seul bénéfice que l'investisseur tire de son apport, en l'absence de participation à l'augmentation de valeur de l'entreprise, et que la Helaba a l'obligation de payer les rémunérations non versées les années suivant l'année, ou les années, pendant lesquelles la rémunération n'a pas été versée ; le fait qu'il participe aux pertes annuelles de la banque, et le fait qu'il existe une clause de meilleure fortune au cas où la valeur de l'apport serait diminuée par des pertes.

179 En revanche, il se distingue des apports tacites à durée déterminée et reconnus en tant que fonds propres de base et se rapproche du capital social en ce qu'il est à durée indéterminée, et, de ce fait, a pu être reconnu en tant que fonds propres de base au-delà de la limite de 15 %, et en ce qu'il représente une partie très importante des fonds propres de base et qu'il a été reconnu comme fonds propres de base au niveau de la Helaba et non du groupe auquel elle appartient.

180 Enfin, il se distingue tant de la plupart des apports tacites à durée déterminée et reconnus en tant que fonds propres de base que du capital social des banques privées ayant émis les apports utilisés par la Commission à titre de comparaison en ce que

l'investissement du Land n'est pas fongible ou ne l'est que de manière très restreinte. Par ailleurs, il se distingue des apports tacites utilisés par la Commission comme référence et d'un grand nombre des investissements dans le capital social en ce que le Land dispose d'une partie très importante des fonds propres de la banque.

181 Il en résulte que les seules caractéristiques de l'apport litigieux, qui, à la fois le distinguent des apports tacites à durée déterminée et le rapprochent du capital social, sont, d'une part, sa durée indéterminée et, d'autre part, le fait qu'il représente plus de 15 % des fonds propres de base de la Helaba. Or, il ressort de l'examen ci-dessus, d'une part, que le requérant ne démontre pas que ces caractéristiques, propres aux « perpetuals », donnent lieu sur le marché à une rémunération plus proche de celle du capital social que de celle des apports tacites à durée déterminée et, d'autre part, qu'il n'y a pas de raison de penser que le Land et la Helaba ne pouvaient pas prévoir cette évolution.

182 Au vu de ce qui précède, les arguments du requérant ne permettent pas de considérer que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant, au terme d'un examen global des caractéristiques de l'apport litigieux, que celui-ci présentait plus de similitudes avec les apports tacites qu'avec le capital social et que, par conséquent, sa rémunération devait être comparée à celle des apports tacites à durée déterminée d'un volume habituellement observable sur le marché, dont il convenait, le cas échéant, de majorer la rémunération.

4. *Sur la comparaison de la rémunération de l'apport litigieux avec la rémunération de garantie exigée sur le marché*

183 S'agissant de la comparaison de la rémunération de l'apport litigieux avec la rémunération de garantie exigée sur le marché, le requérant conteste les appréciations de la Commission concernant la prise en compte de la charge supplémentaire résultant de la taxe professionnelle que la Helaba doit acquitter en raison de l'apport litigieux, la comparaison de la rémunération de base convenue entre le Land et la Helaba avec la

rémunération de garantie de base exigée sur le marché et la comparaison de la majoration de permanence convenue en l'espèce avec la majoration de permanence exigée sur le marché.

a) Sur la prise en compte de la taxe professionnelle

Décision attaquée

184 La Commission a considéré qu'il convenait de tenir compte, aux fins de la comparaison entre la rémunération convenue pour l'apport litigieux et la rémunération convenue sur le marché, de l'effet de la taxe professionnelle grevant l'apport litigieux, qui serait, en l'espèce, de 0,26 % par an. Elle a indiqué à cet égard que, alors que cette taxe devait être payée par les investisseurs institutionnels exerçant leurs activités en Allemagne, qui exigeraient de ce fait une rémunération plus importante, elle devait être payée, en l'espèce, par la Helaba, car le Land n'y est pas assujetti. La Commission a ainsi considéré que la charge totale pour la Helaba qui devait être comparée à la fourchette de rémunération sur le marché n'était pas la rémunération de 1,4 % convenue entre les parties, mais était de 1,66 % (considérants 156 à 159 de la décision attaquée).

Arguments des parties

185 Le requérant critique cette appréciation et fait valoir que les investisseurs ne tiennent pas compte, dans leurs attentes en matière de rendement, du statut fiscal du bénéficiaire de l'investissement et que la Commission n'a pas établi que, sur le marché, celui-ci serait en mesure de faire supporter l'intégralité de sa charge fiscale à l'investisseur. Il soutient qu'il n'existe aucune différence dans le montant de la rémunération payée aux différents investisseurs pour le même apport, et ce alors même que les investisseurs nationaux n'exerçant aucune activité industrielle ou commerciale ainsi que les investisseurs

étrangers ne sont pas soumis à la taxe professionnelle lorsqu'ils effectuent des apports tacites et se trouvent, par conséquent, dans la même situation que le Land.

186 Le requérant ajoute que, en tout état de cause, la charge supplémentaire devant être supportée par la Helaba n'est pas égale au taux de la taxe professionnelle, mais bien moindre, dès lors que ladite taxe constitue une dépense professionnelle pour la Helaba et diminue, par conséquent, le revenu imposable de celle-ci. Ainsi, après paiement de l'impôt sur les sociétés (40 % à l'époque en Allemagne) et la majoration de solidarité (5,5 %), la charge supplémentaire serait uniquement de 0,15 %.

187 La Commission et les intervenants contestent ces arguments.

Appréciation du Tribunal

188 S'agissant, d'abord, de la nécessité de prendre en compte l'effet de la taxe professionnelle sur la charge supportée par la Helaba en raison de l'apport litigieux, il convient de constater que le requérant ne conteste pas que la Helaba est tenue au paiement de cette taxe du fait que le Land n'y est pas assujetti. S'il fait certes valoir que certains autres investisseurs ne sont pas non plus soumis à cette taxe et que cela ne modifie pas le montant de la rémunération versée, il convient d'observer que la République fédérale d'Allemagne et la Helaba ont affirmé à l'audience que, s'il est vrai que les banques doivent, en principe, acquitter la taxe professionnelle pour les rémunérations qui sont versées à des investisseurs non établis en Allemagne ou n'exerçant aucune activité industrielle ou commerciale, il n'en reste pas moins que ni les banques ni les autorités allemandes ne connaissent l'identité des investisseurs détenant les titres découlant des apports tacites et que, par conséquent, les banques n'acquittent pas la taxe professionnelle pour les rémunérations versées, bien qu'une partie de celles-ci soit versée à des investisseurs non assujettis.

189 Il convient d'observer que, dès lors que le raisonnement de la Commission n'est pas fondé sur le fait que le Land ne doit pas acquitter la taxe, mais sur le fait que la Helaba doit le faire, supportant ainsi une charge qu'elle ne devrait pas supporter si l'apport avait été réalisé par un investisseur privé sur le marché, le fait que, en pratique, les banques n'acquittent pas la taxe professionnelle correspondant aux rémunérations versées à des investisseurs non établis en Allemagne ou n'exerçant aucune activité industrielle ou commerciale prive l'argument du requérant de sa pertinence. En effet, en l'espèce, à la différence de ce qui est le cas dans d'autres apports tacites sur le marché, la Helaba doit supporter une charge supplémentaire du fait du paiement de la taxe professionnelle. Cette charge, même si elle n'implique pas une rémunération supérieure pour le Land, doit être prise en compte pour examiner si la Helaba supporte en raison de l'apport litigieux une charge au moins équivalente à celle supportée par les banques ayant émis des apports tacites sur le marché et, par conséquent, si elle reçoit un avantage.

190 Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer que le requérant ne démontre pas que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en tenant compte de l'effet de la taxe professionnelle sur la charge totale supportée par la Helaba en raison de l'apport litigieux.

191 S'agissant ensuite du calcul de la charge effectivement supportée par la Helaba, il convient d'observer qu'il ne s'agit pas, en l'espèce, de savoir quelle est la charge finale, après impôts, résultant pour la Helaba de l'apport litigieux, mais de comparer cette charge avec celle qui découlerait d'un apport à durée déterminée souscrit par un investisseur privé. À cette fin, la comparaison des charges découlant de l'un ou de l'autre apport peut être réalisée avant ou après impôts, pourvu que lesdites charges soient évaluées au même moment. Or, dès lors que la Commission prend comme référence dans la décision attaquée la charge avant impôts représentée par les apports tacites qu'elle utilise à titre de comparaison, il convient de prendre en compte également la charge avant impôts découlant de la taxe professionnelle (voir, en ce sens, arrêt WestLB, point 7 supra, point 384).

192 Il en résulte que le requérant ne démontre pas davantage que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que la charge découlant du

paiement de la taxe professionnelle, qui doit être prise en compte afin de comparer la rémunération de l'apport litigieux avec celle des apports existant sur le marché, est la charge avant impôts.

b) Sur la comparaison de la rémunération de base avec la rémunération de garantie de base exigée sur le marché

Décision attaquée

193 La Commission indique que l'examen des dix opérations invoquées par la République fédérale d'Allemagne, qui figurent au considérant 164 de la décision attaquée, fait apparaître une fourchette de rémunération de garantie allant de 0,75 à 1,6 % par an (considérants 162, 163, 165 à 167 de la décision attaquée).

194 La Commission examine, ensuite, les différentes particularités de l'apport litigieux susceptibles d'avoir une influence sur le montant de la rémunération. Elle estime à cet égard qu'il n'y a lieu d'appliquer ni une majoration en raison du volume de l'opération ni une minoration en raison de la notation de la Helaba. Elle considère cependant que, en raison de la marge de capital social réduite, il convient de retenir qu'un investisseur privé n'aurait pas accepté une rémunération de garantie de base se situant dans la partie inférieure de la fourchette (considérants 168,169, 171 et 172 de la décision attaquée).

195 La Commission en conclut que, dès lors que la charge supportée par la Helaba du fait de l'apport litigieux se situait dans la partie moyenne, voire supérieure, de la fourchette du marché, il n'était pas possible de conclure à l'existence d'un avantage pour la Helaba ni, par conséquent, d'une aide d'État (considérant 172 de la décision attaquée).

Arguments des parties

196 En premier lieu, le requérant rappelle que l'apport litigieux devrait être rapproché, en raison de son profil de risque, d'un investissement dans le capital social et non d'un apport tacite à durée déterminée et fait valoir que, par conséquent, le calcul réalisé par la Commission, fondé sur une fourchette du marché établie à partir des rémunérations de garantie ayant été fixées pour des apports tacites à durée déterminée, est erroné. En outre, la Commission, en rapprochant de manière erronée l'apport litigieux des apports tacites, omettrait de prendre en compte le fait que, outre la majoration devant être appliquée pour tenir compte du caractère permanent de l'apport litigieux, d'autres majorations seraient nécessaires pour tenir compte de la situation financière de la Helaba, de l'absence de publicité et des frais de transaction inférieurs.

197 En second lieu, le requérant critique la manière dont la Commission a calculé la rémunération de garantie de base.

198 Il fait valoir, d'une part, que la Commission n'a pas apprécié le montant de la rémunération de garantie de base au vu de la situation et de l'environnement du marché tels qu'ils se présentaient à la fin de 1998, mais au vu d'opérations postérieures.

199 Il fait valoir, d'autre part, que, en raison des différences entre l'apport litigieux et les opérations de référence, la rémunération de l'apport litigieux devrait se situer au-dessus de la fourchette du marché pour la rémunération de garantie de base établie à partir des opérations de référence. Il considère que la Commission non seulement n'a pas apprécié correctement les différences entre l'apport litigieux et les opérations de référence qu'elle a examinées, mais, en outre, n'a pas examiné d'autres différences importantes.

200 S'agissant des différences que la Commission a examinées, à savoir le volume de l'apport litigieux, l'importance de la marge de capital social et la notation de la Helaba, le

requérant fait valoir que tous ces éléments auraient dû conduire à une majoration de la rémunération de garantie de base par rapport aux opérations de référence. S'agissant des différences entre l'apport litigieux et les opérations de référence que la Commission n'a pas examinées et qui devraient conduire à une augmentation de la rémunération de garantie de base, le requérant mentionne, d'une part, le fait que la totalité de l'apport litigieux a été souscrite par un seul investisseur et, d'autre part, le fait que l'apport litigieux n'est pas fongible de sorte que le Land ne peut pas désinvestir de la Helaba.

201 Enfin, le requérant fait valoir que l'apport de la Dresdner Bank d'un montant d'un milliard de USD, mentionné dans la décision attaquée parmi les opérations de référence, prouve que la rémunération de l'apport litigieux aurait dû se situer au-dessus de la fourchette de référence, dès lors que cet apport, malgré un profil de risque, selon lui, plus réduit, a été rémunéré à un taux supérieur à celui de l'apport litigieux.

202 La Commission et les intervenants contestent ces arguments.

Appréciation du Tribunal

203 En premier lieu, s'agissant de l'argument du requérant selon lequel la fourchette utilisée par la Commission est erronée parce qu'elle est fondée sur des opérations non comparables avec l'apport litigieux, il suffit de constater qu'il résulte de l'examen de la question de la qualification de l'apport litigieux que la Commission n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant que celui-ci présentait plus de similitudes avec les apports tacites qu'avec le capital social (voir point 181 ci-dessus).

204 En second lieu, s'agissant de l'examen de la conformité avec le marché de rémunération de base de l'apport litigieux effectuée par la Commission, il convient d'écarter d'emblée

l'argument du requérant selon lequel la Commission ne se serait pas fondée sur l'environnement du marché à la date de l'apport litigieux. En effet, force est de constater que, même sans prendre en compte les cinq opérations datant de 1999 auxquelles s'est référée la Commission, il résulte de l'examen des opérations restantes que la fourchette de marché définie par la Commission, à savoir de 75 à 160 points de base, n'est pas modifiée, dès lors que les opérations marquant les limites maximales (apport de la Bayerische Hypo- und Vereinsbank de 1,2 milliard de DEM) et minimales (deuxième tranche de l'apport de 700 millions de USD émis par la Deutsche Bank) de ladite fourchette sont toutes les deux des opérations de 1998. S'agissant de l'allégation du requérant selon laquelle ces apports ne seraient toutefois pas comparables à l'apport litigieux parce qu'ils étaient à durée déterminée, il convient de rappeler que cette caractéristique n'est pas de nature à empêcher toute comparaison.

205 Il y a lieu, ensuite, d'examiner chacun des huit éléments que le requérant considère comme étant de nature à impliquer une majoration de la fourchette de marché pour la rémunération de garantie de base et que la Commission aurait soit apprécié de manière erronée, soit omis d'examiner.

206 Pour ce qui est, premièrement, de la situation financière de la Helaba, le requérant fait valoir que les bénéfices de la Helaba en 1998 étaient relativement réduits eu égard au montant de la rémunération qui devait être payée au Land de sorte qu'il y avait un danger que les bénéfices ne suffisent pas à payer la rémunération convenue. Il ajoute que d'autres chiffres financiers de la Helaba (rendement sur fonds propres, distribution de bénéfices, ratio de fonds propres de base) étaient, de manière constante entre 1984 et 1994, nettement inférieurs à ceux des banques privées.

207 À cet égard, il convient de constater que, par son argument tiré des bénéfices prétendument réduits de la Helaba par rapport au montant de la rémunération, le requérant réitère l'argument concernant le risque de perte de la rémunération qui a été exposé au point 161 ci-dessus. Or, comme il a été établi au point 163 ci-dessus, la comparaison faite par le requérant entre la rémunération devant être versée par la Helaba à partir de 2003 et ses bénéfices en 1998 ne permet pas d'établir qu'il existe un risque particulier de perte de la rémunération. Concernant l'argument selon lequel les

autres résultats de la Helaba étaient inférieurs à ceux des grandes banques privées, il suffit de relever que, alors que l'apport litigieux a été négocié et intégré dans la Helaba à la fin de 1998, le requérant se réfère à des données concernant la période allant de 1984 à 1994. Dans ces circonstances, il y a lieu de constater que les arguments du requérant ne permettent pas de considérer que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en ne considérant pas que la rémunération aurait dû être supérieure à celle convenue en raison de la situation financière de la Helaba.

208 Pour ce qui est, deuxièmement, de l'absence, dans une large mesure, de publicité due au fait que la Helaba a obtenu l'apport litigieux auprès d'un seul investisseur, le requérant fait valoir que les effets dommageables que la publicité entraîne, en cas de difficultés ou de modifications concernant l'apport, peuvent en l'espèce être évités ou, au moins, contrôlés. Il soutient qu'un investisseur privé aurait demandé une majoration de la rémunération de garantie de base pour compenser cet avantage.

209 Force est de constater que cette affirmation sommaire du requérant ne saurait suffire pour démontrer que, sur le marché, la circonstance alléguée implique effectivement une majoration de la rémunération de garantie de base et que, par conséquent, la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en ne retenant pas une telle majoration en l'espèce. Par ailleurs, alors qu'il ressort notamment des références que les parties font à un apport tacite souscrit par une compagnie d'assurances que des investisseurs privés peuvent souscrire également l'intégralité d'un apport tacite, le requérant n'avance pas d'éléments permettant de considérer qu'une telle majoration est effectivement exigée sur le marché.

210 En outre, comme le requérant le reconnaît lui-même, le fait que l'apport litigieux provient d'un seul investisseur ne permet pas à la Helaba d'échapper à toute publicité. En effet, la Helaba ne peut pas empêcher le Land d'évoquer les éventuelles difficultés ou modifications de l'apport, d'autant plus que ces questions sont susceptibles d'être discutées publiquement au sein du Hessischer Landtag (parlement du Land) de la même manière qu'a été discutée la souscription initiale de l'apport litigieux.

211 Pour ce qui est, troisièmement, des frais de transaction prétendument réduits pour la Helaba, le requérant fait valoir que, en raison du fait que la Helaba a obtenu l'apport auprès d'un seul investisseur, elle économise d'importants frais découlant du lancement de l'émission ainsi que de sa gestion et de sa mise en œuvre. Il soutient qu'un investisseur privé aurait également demandé une majoration de la rémunération de garantie de base pour compenser cet avantage.

212 Force est de constater que cette affirmation, non étayée, du requérant ne démontre pas que, sur le marché, la circonstance alléguée aurait impliqué une majoration de la rémunération de garantie de base. En outre, le Land fait observer qu'il a aussi économisé d'importants frais en apportant la totalité du fonds spécial à la Helaba au lieu de diviser l'apport litigieux entre différentes banques et que, par conséquent, la majoration ne se justifie pas. Dans ces circonstances, cet argument ne permet pas non plus de considérer que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en ne retenant pas une majoration de la rémunération pour ce motif.

213 Pour ce qui est, quatrièmement, du volume de l'opération, le requérant critique l'appréciation de la Commission selon laquelle le fait que le volume de l'apport litigieux soit considérablement supérieur à ceux des apports utilisés à titre de comparaison ne doit pas donner lieu à une majoration dès lors que l'apport litigieux équivaut, grâce au modèle progressif, à cinq apports successifs de moindre importance. Il ajoute que la Commission contredit l'argumentation qu'elle avait développée dans la procédure judiciaire ayant donné lieu à l'arrêt WestLB, point 7 supra, où elle avait affirmé qu'un investisseur opérant dans une économie de marché « confronté à des sommes anormalement élevées en pratique, [aurait] exigé une augmentation [du] rendement ».

214 Le requérant répète à cet égard les arguments qu'il avance à l'encontre de l'acceptation du modèle progressif. Or, il résulte du point 131 ci-dessus que la Commission n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant que l'apport litigieux pouvait être comparé, pour ce qui est du calcul de la rémunération appropriée pour la fonction d'expansion des activités commerciales, à une série de cinq apport tacites de moindre importance.

215 En tout état de cause, il y a lieu de constater que, même sans prendre en compte le modèle progressif, il ne résulte pas de l'examen des opérations prises en compte par la Commission au considérant 164 de la décision attaquée que l'importance du volume implique nécessairement une majoration de la rémunération de garantie. Ainsi, pour l'apport de la SGZ-Bank (octobre 1998) de seulement 50 millions de DEM (environ 25 millions d'euros), une rémunération de garantie de 1,20 % a été fixée, alors que la Deutsche Bank n'a payé qu'une rémunération de garantie de 0,75 % et de 0,8 % pour les tranches de son apport de 700 millions de USD (janvier 1998).

216 Concernant l'argument avancé par la Commission au cours de la procédure judiciaire ayant donné lieu à l'arrêt WestLB, point 7 supra, il suffit de rappeler que la décision en cause dans cette affaire a été annulée par le Tribunal et que, dans la décision WestLB de 2004, la Commission n'a plus imposé la majoration en raison du volume important de l'opération dont elle avait essayé de démontrer le bien-fondé.

217 Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer que le requérant ne démontre pas que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en ne considérant pas que la rémunération aurait dû être supérieure à celle convenue en raison du volume absolu de l'apport litigieux.

218 Pour ce qui est, cinquièmement, de la marge de capital social, le requérant estime que, même si la Commission a considéré, au considérant 169 de la décision attaquée, que l'importance de l'apport litigieux par rapport au capital social exigeait que la rémunération de cet apport se trouve dans la partie supérieure de la fourchette de marché pour la rémunération de garantie de base, elle aurait dû prendre en compte également le fait que la totalité de l'apport a été considérée comme des fonds propres de base au-delà de la limite de 15 % d'instruments de capitaux propres hybrides prévue par la déclaration de Sydney, et ce au niveau de la Helaba et non du groupe auquel elle appartient.

219 Il convient de constater que, dans la mesure où la reconnaissance de la totalité de l'apport comme fonds propres de base de la Helaba a été rendue possible par son

caractère permanent, il n'y a pas de raison de considérer que la circonstance alléguée par le requérant implique une majoration distincte de celle qui découle de sa durée indéterminée. Pour ce qui est du fait que l'apport litigieux a été reconnu comme des fonds propres de base au niveau de la Helaba et non du groupe auquel elle appartient, il convient de rappeler que le requérant se borne à affirmer que cette reconnaissance permet plus de flexibilité à la Helaba dans l'utilisation des fonds. Eu égard à la large marge d'appréciation dont dispose la Commission dans la détermination de la rémunération conforme au marché, force est de constater que cette allégation n'est en aucune manière susceptible de démontrer l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation de la part de la Commission.

220 Il convient, par conséquent, de considérer que les arguments du requérant ne permettent pas de considérer que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en ne considérant pas que la rémunération aurait dû être supérieure à celle convenue en raison du caractère réduit de la marge de capital social.

221 Pour ce qui est, sixièmement, de la notation à long terme de la Helaba, le requérant critique l'appréciation de la Commission, figurant au considérant 171 de la décision attaquée, selon laquelle un investisseur privé estimerait que le risque de pertes encouru avec la Helaba serait comparable à celui d'un investissement dans l'une des grandes banques privées citées dans ladite décision. Il affirme à cet égard qu'il est inconcevable que, si l'on fait abstraction des garanties d'État, ladite notation et celle des grosses banques privées citées dans la décision attaquée soient comparables et, par conséquent, que les transactions de référence puissent être utilisées à des fins de comparaison sans aucune adaptation. Il soutient, en outre, que la Commission n'a pas motivé son appréciation à cet égard.

222 Il convient de relever que, à l'appui de son affirmation selon laquelle il est inconcevable que, sans les garanties d'État, la notation à long terme de la Helaba et celle des grandes banques privées citées dans la décision attaquée soient comparables, le requérant se borne à indiquer que, si les ratios de la Helaba avaient été comparés à ceux des grandes banques privées, elle aurait « probablement » obtenu une notation moins favorable.

223 Par ailleurs, le requérant ne remet pas en cause l'affirmation de la République fédérale d'Allemagne, à laquelle se réfère la Commission dans la décision attaquée (considérant 171), selon laquelle aucune méthode pour calculer la notation à long terme des banques régionales, faisant abstraction de l'obligation de maintien en activité et de garantie qui incombait alors aux pouvoirs publics, n'aurait existé avant, au plus tôt, 2001. Certes, dans sa réplique, le requérant fait valoir que, si l'on ne tient pas compte desdites garanties d'État, la notation de la Helaba dans les années 1998 et 1999 était inférieure à celles des grandes banques privées et invoque à cet égard les notations intrinsèques et de solidité financière de la Helaba en les comparant aux notations desdites banques privées pendant ces années. Or, étant donné qu'il ressort du document fourni à l'appui de cette affirmation que les notations intrinsèques et de solidité financière sont des notations différentes de la notation à long terme, la simple référence à ces notations inférieures de la Helaba ne suffit pas à démontrer, en l'absence d'autres précisions, que sa notation à long terme aurait nécessairement été également inférieure à celle des grandes banques privées si on l'avait déterminée en faisant abstraction des garanties d'État, ni qu'il existait à la fin de 1998 une manière de déterminer une telle notation pour la Helaba.

224 Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer que le requérant ne démontre pas que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en supposant que, en l'absence, à la fin de 1998, d'une méthode propre pour calculer la notation à long terme des banques régionales, faisant abstraction des garanties d'État, un investisseur privé aurait estimé que le risque de pertes encouru avec la Helaba serait comparable à celui d'un investissement dans l'une des grandes banques privées citées dans ladite décision.

225 En outre, la décision attaquée est suffisamment motivée à cet égard. En effet, il convient de relever que l'appréciation de la Commission critiquée par le requérant ne visait pas à nier la pertinence d'une éventuelle majoration de la rémunération, mais avait trait à la minoration demandée par la République fédérale d'Allemagne en raison du caractère prétendument peu élevé du risque d'un investissement dans la Helaba en raison des garanties d'État. Cette circonstance explique que la Commission se borne à indiquer les raisons pour lesquelles le calcul de la rémunération ne devait pas être fondé sur la notation à long terme dont bénéficiait la Helaba à la fin de 1998 et ne se concentre pas sur la notation exacte qu'elle aurait eue en l'absence de garanties d'État.

226 Pour ce qui est, septièmement, du fait que la totalité de l'apport a été souscrite par un seul investisseur, le requérant fait valoir que, dans les opérations de référence, les apports tacites ont été souscrits par de nombreux investisseurs, chacun investissant, en général, entre 5 et 10 millions d'euros ou, mais seulement de manière exceptionnelle, jusqu'à 100 millions d'euros. Il affirme que, alors que le Land a acquis 40 % des fonds propres de la Helaba, dans les opérations de référence, la part des investisseurs individuels dans les fonds propres des banques concernées représentait moins de 1 %.

227 Le requérant conteste l'affirmation de la Commission, figurant dans son mémoire en défense, selon laquelle la différenciation selon la part dans l'émission de chaque investisseur serait dénuée de fondement par rapport aux pratiques du marché en vigueur à la fin de 1998. Il fait valoir à cet égard que cette affirmation va à l'encontre de la jurisprudence du Tribunal, lequel a considéré, dans son arrêt WestLB, point 7 supra (point 255), qu'un investisseur privé « souhaite maximiser ses bénéfices, mais sans courir trop de risques par rapport aux autres participants dans le marché ». Il soutient que, par rapport à d'autres acteurs sur le marché, un investisseur court des risques beaucoup plus grands lorsqu'il investit en tant qu'investisseur unique dans une émission, en particulier lorsque le volume total de celle-ci est considérable, qu'en souscrivant, comme dans le cas des transactions des banques privées allemandes citées par la Commission à titre de comparaison, conjointement avec d'autres participants dans le marché, une tranche beaucoup plus petite d'une émission dont le volume total est en outre moins élevé.

228 Il ajoute que l'apport litigieux augmente considérablement le profil de risque du portefeuille du Land en raison de la concentration de ses risques sur un seul débiteur. Il fait observer à cet égard que la diversification du risque a valeur de principe général dans la gestion du risque par l'entreprise et que les règles prudentielles relatives aux « grands risques » partent du principe que la concentration de risques sur un seul débiteur est particulièrement dangereuse.

229 Il y a lieu d'observer à cet égard que, même si la souscription de la totalité d'un apport représentant 40 % des fonds propres de la banque émettrice implique un risque plus élevé pour l'investisseur que la souscription d'une partie représentant moins de 1 %

desdits fonds, une majoration de la rémunération ne saurait se justifier que si cette circonstance comporte un avantage pour la banque émettrice pour lequel celle-ci est prête à payer, ou si cette banque a besoin des fonds proposés par l'investisseur et qu'elle n'est pas en mesure de les obtenir auprès d'autres personnes. En revanche, si l'augmentation du risque pour l'investisseur découle d'une décision qu'il a adoptée pour des raisons qui lui sont propres, sans être influencé par les souhaits ou les besoins de la banque, celle-ci refusera de payer une majoration de la rémunération et se procurera les fonds auprès d'autres investisseurs (voir, en ce sens, arrêt WestLB, point 7 supra, point 320).

230 En l'espèce, l'augmentation du risque que comporte pour le Land le fait qu'il possède une partie importante des fonds propres de la Helaba est le résultat de sa décision de ne pas diviser le fonds spécial en raison des désavantages qui en découleraient, et non de l'intérêt de la Helaba, laquelle, comme il a été établi (voir points 39 à 42 ci-dessus), n'avait pas un besoin urgent d'augmenter de manière importante ses fonds pouvant l'inciter à accepter une majoration de la rémunération.

231 Par ailleurs, il n'y a pas de raison de considérer que la Helaba n'aurait pas pu se procurer sur le marché, le cas échéant auprès de plusieurs investisseurs, des fonds à la hauteur de l'apport litigieux, compte tenu du modèle progressif, à des conditions permettant également leur reconnaissance en tant que fonds propres de base et pour une rémunération de garantie de base équivalente au taux convenu par le Land et la Helaba.

232 Par conséquent, même si l'importance de la part du Land dans les fonds propres de base de la Helaba entraîne pour lui une augmentation du risque encouru, il n'est pas manifeste que cette circonstance était constitutive d'un avantage pour lequel la Helaba aurait dû payer une majoration. Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer que la Commission n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en ne considérant pas que la rémunération aurait dû être supérieure à celle convenue en raison du fait que l'apport litigieux a été souscrit par un seul investisseur.

233 Pour ce qui est, huitièmement, de l'absence de fongibilité de l'apport litigieux, ou de sa fongibilité réduite, le requérant fait valoir que cette circonstance distingue l'apport litigieux des opérations utilisées par la Commission à titre de comparaison en ce qu'elle interdit au Land de désinvestir.

234 À cet égard, il convient de relever, comme au point 229 ci-dessus, que le fait que l'un des aspects de l'opération implique une augmentation du risque encouru par l'investisseur ne justifie une augmentation de la rémunération que si ledit aspect comporte un avantage pour la banque ou si celle-ci n'est pas en mesure de refuser les fonds proposés.

235 Or, en l'espèce, l'absence de fongibilité de l'apport litigieux, ou sa fongibilité réduite, n'implique pas d'avantage pour la Helaba.

236 En effet, il ressort du dossier que les apports tacites émis sur le marché le sont par l'intermédiaire d'une société qui souscrit l'apport en tant qu'associé tacite et lève les capitaux nécessaires sur le marché. Les investisseurs ne souscrivent ainsi pas directement l'apport tacite auprès de la banque émettrice mais auprès de la société intermédiaire. Celle-ci, en revanche, en tant qu'associé tacite, ne peut céder ses droits dans l'apport tacite qu'avec le consentement de la banque émettrice.

237 Dans le cas d'espèce, le Land, qui disposait déjà des capitaux à investir, participe à l'opération en tant qu'associé tacite au lieu de la société intermédiaire. Il en résulte que, pour la Helaba, l'opération se déroule comme dans le cas des apports émis sur le marché et qu'elle ne tire aucun avantage supplémentaire du fait que l'apport litigieux n'est pas coté en bourse, puisque les seules caractéristiques pertinentes pour elle sont celles qui permettent que l'apport soit considéré comme fonds propres de base au-delà de la limite de 15 % desdits fonds établie par la déclaration de Sydney pour les instruments de capitaux propres hybrides, à savoir la durée indéterminée, l'absence de droit pour l'associé tacite de résilier l'apport et de clause de step-up. Il convient de relever à cet égard que, interrogé par le Tribunal lors de l'audience à propos des avantages résultant pour la Helaba du fait que l'apport litigieux n'est pas coté en bourse, le requérant a

affirmé ne pas être en mesure de savoir si cette circonstance entraînait effectivement un avantage pour la Helaba.

Conclusion sur la comparaison de la rémunération de base avec la rémunération de garantie de base exigée sur le marché

238 Il résulte de tout ce qui précède que, dans les circonstances de l'espèce, la Commission a pu considérer, sans commettre une erreur manifeste d'appréciation, qu'un investisseur privé se trouvant dans une situation comparable à celle du Land n'aurait pas réussi à obtenir de la Helaba une rémunération de base plus importante que celle convenue entre les parties, dès lors que les éléments entraînant une augmentation du risque pour le Land découlent de la nature de son fonds spécial ainsi que de ses choix et n'impliquent pas, pour la Helaba, d'avantage par rapport à ce qu'elle aurait obtenu sur le marché. Dans ces circonstances, la Commission n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que la charge totale de 1,43 % découlant pour la Helaba de la rémunération de base de l'apport litigieux, compte tenu de l'effet de la taxe professionnelle, ne conférait pas un avantage à la Helaba qu'elle n'aurait pas pu obtenir dans des conditions de marché.

c) Sur la comparaison de la majoration de permanence avec la majoration de la rémunération de garantie exigée sur le marché

Décision attaquée

239 Dans la décision attaquée, la Commission a constaté que l'apport litigieux se distingue de la plupart des opérations invoquées par la République fédérale d'Allemagne en ce qu'il constitue un « perpetual » et a considéré que cette circonstance exige une majoration de la rémunération dès lors qu'elle entraîne, pour le Land, un risque accru de ne pas pouvoir suivre les variations des taux d'intérêts et, pour la Helaba, une valeur

économique accrue parce qu'il permet de dépasser le plafond de 15 % fixé par la déclaration de Sydney (considérants 173 et 174 de la décision attaquée).

240 La Commission indique que, afin de déterminer si le taux de 0,23 %, correspondant à la majoration de permanence convenu entre les parties augmenté de la partie correspondante de la taxe professionnelle, est conforme au marché, elle ne peut pas, ou seulement de manière très limitée, s'appuyer sur des données de marché datant de l'époque de l'opération, puisque les parties agissaient en quelque sorte en tant que précurseurs sur le marché. Elle affirme, cependant, que l'on ne saurait interdire à un investisseur public ou à une banque publique d'agir en précurseurs sur le marché et qu'il convient dès lors d'examiner uniquement si la détermination de la majoration de 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 (considérants 176 et 177 de la décision attaquée).

241 Elle affirme que, eu égard au peu de données disponibles concernant l'année de l'apport litigieux et celle l'ayant immédiatement suivie, le calcul proposé par la République fédérale d'Allemagne, résultant de la comparaison entre la rémunération d'un « perpetual » de la Deutsche Bank et d'un apport tacite de la Dresdner Bank, aboutissant à une majoration d'environ 0,29 %, était plausible. Elle en conclut qu'elle n'a pas de raison d'estimer que le taux comparable pertinent de 0,23 % par an pour la majoration au titre de la permanence se situe en dessous de la fourchette du marché et que, par conséquent, la Helaba aurait été favorisée, c'est-à-dire aurait bénéficié d'une d'aide d'État (considérants 182 et 183 de la décision attaquée).

Arguments des parties

242 Le requérant fait valoir que la Commission aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant qu'il n'y avait pas lieu de modifier la fourchette de référence calculée sur la base des apports tacites à durée déterminée afin de tenir compte de la durée indéterminée de l'apport litigieux.

243 En premier lieu, le requérant fait valoir que la Commission a commis une erreur en considérant que le Land et la Helaba ont agi en tant que précurseurs et que, par conséquent, ils devaient se voir accorder une marge d'appréciation plus importante. Il soutient à cet égard que la Helaba et le Land n'ont pas agi en tant que précurseurs dès lors qu'aucune autre opération présentant les caractéristiques de l'apport litigieux n'a été réalisée par la suite et, surtout, dès lors qu'il ressort des discussions intervenues dans le Hessischer Landtag antérieurement à la réalisation de l'apport litigieux que les parties ont cherché à copier fidèlement des opérations réalisées entre d'autres Länder et d'autres Landesbanken, dont la rémunération a été considérée par la Commission comme contenant des éléments d'aide d'État.

244 En deuxième lieu, le requérant fait valoir que la Commission ne pouvait pas prendre en compte, pour son examen, des « perpetuals » datant de mai 1999 à décembre 2003. Il soutient à cet égard que, lorsque aucune donnée du marché n'est disponible, la Commission ne peut pas supposer que les circonstances qu'un investisseur privé aurait prises en compte dans la période allant de mai à juillet 1999, ou en décembre 2003, existaient déjà, telles quelles, à la fin de 1998, dès lors que l'évolution réelle du marché européen des capitaux prouve le contraire. Il estime que, par conséquent, le fait de transposer, sans aucune motivation, la situation concurrentielle de l'année 1999 à l'année 1998 constitue une erreur flagrante.

245 En troisième lieu, il soutient que, en tout état de cause, les quatre opérations — trois réalisées par la Deutsche Bank et une par la Dresdner Bank — utilisées comme référence par la Commission pour calculer la majoration de permanence ne sont pas comparables à l'apport litigieux en ce qui concerne le volume total et le volume investi par investisseur, la proportion des fonds propres de base des banques émettrices que représentent les différents apports, leur reconnaissance comme des fonds propres de base de la banque ou de groupe, ainsi que la possibilité de désinvestir.

246 En quatrième lieu, il fait valoir que, contrairement à ce que prétend la Commission, la majoration plus importante appliquée sur la rémunération du « perpetual » de la Deutsche Bank par rapport à l'apport tacite de la Dresdner Bank ne peut pas être justifiée par la notation plus favorable du « perpetual ». En réponse à une question du

Tribunal posée lors de l'audience, le requérant a expliqué que, par cet argument, il entendait faire valoir que la notation moins favorable du « perpetual » de la Deutsche Bank par rapport à celle de l'apport tacite à durée déterminée de la Dresdner Bank ne permettait pas de considérer que la majoration de permanence sur le marché serait inférieure au taux de 0,29 % calculé en comparant ces trois opérations, dès lors que les notations sont influencées par un grand nombre de facteurs.

247 La Commission et les intervenants contestent ces arguments.

Appréciation du Tribunal

248 S'agissant, en premier lieu, de l'argument du requérant selon lequel le Land et la Helaba n'ont pas agi en tant que précurseurs, dès lors qu'ils n'ont cherché qu'à imiter les opérations antérieures des Landesbanken, premièrement, il convient de constater que comme le souligne la Helaba, il n'est pas étayé par le transcript de la session de la commission de l'économie du Hessischer Landtag du 2 décembre 1998, sur lequel se fonde le requérant. Certes, il ressort de ce document que lesdites opérations ont été prises en compte, mais il en ressort également que le Land et la Helaba ont aussi tenu compte du fait que la Commission avait ouvert des procédures à l'encontre de ces opérations et que des discussions avaient eu lieu pour convenir des conditions de l'apport litigieux. Deuxièmement, concernant l'argument selon lequel aucune opération comparable à l'apport litigieux n'aurait été réalisée par la suite, il suffit de renvoyer à l'analyse précédente concernant la qualification de l'apport litigieux ainsi qu'à la prise en compte de ses différences aux fins de la détermination de la rémunération conforme au marché.

249 S'agissant, en deuxième lieu, de l'argument du requérant selon lequel la Commission ne pouvait pas prendre en compte des « perpetuals » datant de mai 1999 à décembre 2003, il convient d'observer que la Commission ne pouvait pas s'opposer à la majoration de permanence convenue entre le Land et la Helaba sans disposer d'un minimum d'éléments sur lesquels se fonder pour considérer que cette majoration était inférieure à celle qui aurait été fixée sur le marché. C'est afin de trouver ces éléments, et de limiter

ainsi la marge de manœuvre des parties à l'apport litigieux, que la Commission a examiné l'évolution postérieure du marché. Dans ces circonstances, la critique du requérant, visant à empêcher la Commission d'utiliser les données relatives à la période postérieure à l'apport litigieux, n'est pas susceptible de démontrer que celle-ci a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant qu'il n'y avait pas de raison d'estimer que la majoration de permanence convenue entre le Land et la Helaba n'était pas conforme au marché.

250 En tout état de cause, force est de constater que l'argument du requérant selon lequel le volume du marché des instruments de capitaux propres hybrides aurait augmenté de manière très significative en 1999 ne suffit pas à démontrer que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant qu'elle pouvait se fonder sur des opérations postérieures à l'apport litigieux, puisqu'il n'y avait pas de raison de supposer qu'une majoration de la rémunération au titre de la permanence d'un apport tacite connaissait de grandes variations au fil du temps (considérants 177 et 178 de la décision attaquée). En effet, le simple fait que le volume du marché des instruments de capitaux propres hybrides a augmenté de manière très importante en 1999 n'implique pas que, contrairement à ce qu'a affirmé la Commission dans la décision attaquée, la majoration de permanence ait été moins élevée au cours de cette année, de sorte que l'utilisation par la Commission des données se référant à cette période puisse fausser sa conclusion. Au demeurant, le requérant n'explique pas en quoi l'augmentation du volume du marché aurait une influence sur le taux de la majoration de permanence. Le requérant n'avance pas, par ailleurs, d'arguments permettant de considérer que le Land et la Helaba ne pouvaient pas valablement calculer en décembre 1998 le montant de la majoration qui serait déterminé par d'autres banques par la suite.

251 S'agissant, en troisième lieu, du grief selon lequel l'apport litigieux ne serait pas comparable aux quatre apports mentionnés par la Commission, le requérant invoque des arguments, déjà avancés à plusieurs reprises à l'appui de son affirmation selon laquelle l'apport litigieux présenterait un profil de risque qui empêcherait sa comparaison avec d'autres apports tacites, qui ont été écartés par le Tribunal.

252 Le requérant affirme également que le fait que les apports utilisés par la Commission à titre de comparaison sont cotés en bourse implique qu'ils ne sont pas à durée

indéterminée du point de vue de l'investisseur et que, par conséquent, l'accroissement du risque de disparition du capital par rapport à un instrument financier à durée déterminée est, pour autant qu'il existe, négligeable. En revanche, dans le cas de l'apport litigieux, le Land ne pourrait pas désinvestir et, par conséquent, la majoration de permanence devrait être plus élevée que dans le cas des apports tacites cotés en bourse

253 Il convient, cependant, de relever à cet égard que la différence dans le degré de fongibilité entre les apports utilisés par la Commission à titre de comparaison et l'apport litigieux et, par conséquent, dans la possibilité de désinvestissement n'est que la conséquence du fait que le Land, à la différence des investisseurs dans des apports tacites cotés en bourse, n'a pas investi un patrimoine liquide, et donc fongible, mais un fonds spécial qu'il ne souhaitait pas vendre et qu'il ne voulait se faire rembourser qu'en nature. Par ailleurs, l'impossibilité de désinvestissement du Land, ou la possibilité très restreinte de le faire, n'apporte pas un avantage supplémentaire à la Helaba que, dès lors, elle devrait rémunérer.

254 Dès lors, force est de constater que, en l'espèce, dans le cadre de négociations dans des conditions normales de marché, il aurait été impossible, pour un investisseur privé se trouvant dans la même situation que le Land, de faire abstraction du fait que l'absence de possibilité de désinvestissement, ou son caractère restreint, était la conséquence de ses choix concernant la gestion du fonds spécial et non des besoins de la Helaba. Ainsi, un tel investisseur aurait dû prendre en considération le point de vue de la Helaba et le fait que celle-ci ne serait pas disposée à verser une rémunération plus élevée pour un désavantage résultant pour le Land de ses propres choix et ne correspondant pas à un avantage supplémentaire pour elle.

255 S'agissant, en quatrième lieu, de l'argument du requérant selon lequel la notation moins favorable du « perpetual » de la Deutsche Bank par rapport à celle de l'apport tacite à durée déterminée de la Dresdner Bank ne permet pas de réduire la majoration de permanence calculée en comparant ces opérations, il convient de constater que la Commission n'a pas considéré exact le calcul proposé par la République fédérale d'Allemagne à cet égard et s'est bornée à affirmer qu'il était plausible. Par ailleurs, l'argument du requérant revient à empêcher la Commission de réaliser en l'espèce toute comparaison avec le marché dès lors que, comme il l'a admis à l'audience, la

rémunération de toute opération réalisée sur le marché dépend d'une multitude de facteurs dont l'influence sur la rémunération finale est difficile à chiffrer avec précision.

256 En tout état de cause, il convient d'observer que, dès lors que la conclusion de la Commission quant à la majoration de permanence convenue en l'espèce n'est pas fondée sur ce seul calcul, cet argument ne saurait, même s'il était fondé, démontrer que ladite conclusion est entachée d'une erreur manifeste. En effet, comme il a été indiqué aux points 240 et 241 ci-dessus, la Commission a tenu notamment compte du fait que le Land et la Helaba agissaient en tant que précurseurs sur le marché et, à titre subsidiaire, du fait que la comparaison de la rémunération des « perpetuals » mentionnés par la République fédérale d'Allemagne ne permettait pas de conclure que la fourchette de rémunération des « perpetuals » était supérieure à celle des apports tacites à durée déterminée.

257 Au vu de tout ce qui précède, il y a lieu de considérer que le requérant n'a pas établi que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que rien ne lui permettait de conclure que le taux comparable pertinent de 0,23 % par an pour la majoration au titre de la permanence se situait au-dessous de la fourchette de marché et que, par conséquent, la Helaba aurait été favorisée et aurait ainsi bénéficié d'une aide d'État.

Conclusion sur l'examen de la conformité au marché de la rémunération de garantie

258 Il résulte de ce qui précède que la Commission n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant que la charge supportée par la Helaba du fait de l'apport litigieux était conforme à la rémunération de garantie convenue sur le marché pour des opérations comparables et, par conséquent, ne conférait pas un avantage à la Helaba que cette dernière n'aurait pas obtenu dans des conditions de marché.

5. *Sur le fait que la Commission a déduit de la rémunération les frais de refinancement qui résultent pour la Helaba de l'absence de liquidité de l'apport*

a) Décision attaquée

259 La Commission indique que, étant donné que l'apport litigieux n'a pas procuré de liquidités à la Helaba, celle-ci supportait des frais de refinancement supplémentaires par rapport à ceux devant être supportés par une banque ayant reçu un apport liquide, puisqu'elle devait encore obtenir sur le marché lesdites liquidités afin de pouvoir étendre ses activités de la même manière (considérant 184 de la décision attaquée). Elle considère, par conséquent, que la Helaba ne devait rémunérer que le risque auquel le Land expose son fonds, c'est-à-dire qu'elle ne devait verser au Land que la rémunération de garantie dépassant le taux de refinancement applicable sur le marché interbancaire (considérants 162 et 187 de la décision attaquée).

260 Elle écarte à cet égard l'argument du requérant selon lequel seuls les frais de refinancement après impôts devaient être déduits de la rémunération en indiquant que, à la différence de l'affaire WestLB invoquée par celui-ci, l'apport litigieux ne procure pas à la Helaba une réduction d'impôt supplémentaire, par rapport à celle procurée par un apport liquide, qui justifierait une réduction de la minoration (considérants 185 et 186 de la décision attaquée).

b) Arguments des parties

261 Le requérant fait valoir, d'une part, que la décision attaquée est entachée d'un défaut de motivation et, d'autre part, qu'elle est contraire au critère de l'investisseur privé.

262 S'agissant du défaut de motivation, il affirme que la déduction totale du taux de refinancement est totalement contraire à la position qu'avait prise la Commission dans la décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen ainsi qu'à la jurisprudence du Tribunal et soutient que, dans ces circonstances, la Commission aurait dû motiver sa décision avec un soin particulier. Il fait valoir que la décision attaquée ne permet pas de comprendre quels sont les critères sur lesquels s'est fondée la Commission pour considérer que la Helaba supportait effectivement des frais de refinancement supplémentaires à concurrence du taux de refinancement brut, pourquoi la Helaba ne doit payer que la rémunération de garantie excédant le taux d'intérêt de référence, si la rémunération de garantie doit s'appuyer sur le taux de refinancement brut ou sur les taux Libor ou Euribor, ou si le taux de référence et le taux Libor sont un même taux.

263 S'agissant de l'application du critère de l'investisseur privé, le requérant fait valoir que, en considérant que la Helaba ne doit payer que pour le risque auquel le Land expose son fonds spécial en lui donnant la forme d'un apport tacite, la Commission a appliqué erronément ce critère au motif, premièrement, que l'absence de liquidité aurait déjà été compensée par la valeur d'intégration réduite du fonds spécial, deuxièmement, qu'un investisseur privé n'accepterait pas que sa rémunération soit minorée en raison de l'absence de liquidité de son investissement et, troisièmement, qu'en tout état de cause le Tribunal a déjà eu l'occasion de juger qu'un investisseur privé accepterait uniquement une minoration à la hauteur des frais réels supportés par la banque en raison de l'absence de liquidité.

264 La Commission et les intervenants contestent ces arguments.

c) Appréciation du Tribunal

265 S'agissant du prétendu défaut de motivation, il convient de constater qu'il ressort des considérants 184 à 187 de la décision attaquée que la Commission a considéré que le fait qu'un investissement en fonds propres de base n'est pas liquide entraîne des frais supérieurs pour une banque par rapport aux frais liés à un investissement liquide, puisque la banque doit se procurer sur le marché un montant liquide équivalent à la

valeur de l'investissement. La banque n'accepterait dès lors cet investissement que si la rémunération convenue prend en compte les frais supplémentaires qui découlent de l'absence de liquidité de l'investissement et permet, par conséquent, de rendre les coûts d'un tel investissement identiques à ceux d'un investissement comportant le transfert de liquidités.

266 Lorsque, comme c'est le cas des apports tacites tel que l'apport litigieux, tant la rémunération de l'apport que les frais supplémentaires sont payés avant impôts, la Commission considère que les coûts d'un apport liquide et d'un apport non liquide ne peuvent être identiques que si la rémunération de l'apport est calculée en ne tenant pas compte du taux d'intérêt qui, dans le cas des apports tacites liquides, vise à rémunérer la mise à disposition de liquidités. Cependant, lorsque, comme dans l'affaire WestLB, la rémunération de l'investissement est payée après impôts, parce que l'investissement ne prend pas la forme d'un apport tacite, alors que les frais de refinancement sont toujours considérés comme des dépenses professionnelles et payés avant impôts, seuls les frais de refinancement nets peuvent être pris en compte dès lors que, dans le cas contraire, l'investissement non liquide serait moins onéreux pour la banque qu'un investissement liquide. Dans ce dernier cas, la Commission considère qu'un investisseur exigerait que sa rémunération soit plus élevée pour compenser cet avantage pour la banque.

267 Force est de constater que la Commission a suffisamment expliqué, y compris au regard notamment de l'affaire WestLB, la raison pour laquelle à son avis, la Helaba supporte, en l'espèce, effectivement des frais de refinancement supplémentaires à concurrence du taux de refinancement brut par rapport à un apport tacite liquide et, par conséquent, la raison pour laquelle la Helaba ne doit payer que la rémunération de garantie excédant le taux d'intérêt de référence. Par ailleurs, au vu de cette motivation, il n'était pas nécessaire pour la Commission d'indiquer si la rémunération de garantie aurait dû s'appuyer sur le taux de refinancement brut ou sur les taux Libor ou Euribor, ni quel aurait été le taux de référence.

268 S'agissant des arguments du requérant concernant le bien-fondé de la déduction des frais de financement, il convient de les examiner séparément.

Sur l'argument selon lequel l'absence de liquidité a déjà été prise en compte par l'intermédiaire de la valeur d'intégration réduite

269 Le requérant fait valoir à cet égard que, alors que le portefeuille de prêts du fonds spécial s'élevait, au 31 décembre 1998, à environ 4 milliards d'euros, l'apport tacite inscrit au bilan de la Helaba s'élevait seulement à 1,264 milliard d'euros. Il fait valoir que la détermination de la valeur actualisée a rendu l'apport litigieux équivalent à tout autre élément d'actif, y compris liquide, du même montant, notamment en ce qu'il est censé produire des intérêts au taux normal du marché. Il en déduit qu'un investisseur privé tiendrait compte des revenus que la Helaba tire de l'augmentation de la valeur du fonds spécial et les mettrait en parallèle avec les éventuels frais de refinancement supportés par la banque.

270 Il y a lieu d'observer, à cet égard, que, comme l'affirme la Commission, l'évaluation de la valeur du fonds spécial au jour de son transfert à la Helaba ne présente aucun lien avec les frais supplémentaires que l'apport litigieux représente pour la Helaba par rapport à un apport tacite liquide. En effet, l'absence de prise en compte, dans l'évaluation de la valeur du fonds spécial, des désavantages découlant pour la Helaba de l'absence de liquidité et des frais de refinancement qu'elle doit engager afin d'étendre ses activités au maximum ressort clairement du fait que cette évaluation a été réalisée non seulement par les parties à l'apport litigieux, mais aussi par le BAKred, et ce afin d'établir quelle valeur pouvait être inscrite au bilan de la Helaba en tant que fonds propres de base. Cette valeur calculée aux fins de protection des créanciers tiers est ainsi la même, que la Helaba décide effectivement d'étendre ses activités au maximum ou non. C'est ainsi une valeur objective qui ne dépend pas de l'utilisation du fonds spécial. Cette valeur serait la même si le fonds avait été vendu à une entreprise privée ou à une autorité publique désirant simplement continuer l'activité du fonds spécial et qui, de ce fait, n'aurait pas besoin d'obtenir des liquidités à hauteur de la valeur du fonds.

271 Par ailleurs, le rapport d'expertise demandé par la Commission au cours de la procédure administrative dans l'affaire WestLB confirme cette conclusion. En effet, l'exemple fourni par ce rapport, tiré d'une vente par les autorités du Royaume-Uni de

Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de maisons louées à des militaires à des loyers inférieurs à ceux du marché, pour laquelle le prix payé par l'acheteur était égal à la valeur actualisée, confirme que ladite valeur correspond au prix objectif de vente, indépendamment de l'utilisation que l'acheteur entend faire du fonds transféré.

272 Le fait, relevé dans ce rapport et invoqué par le requérant en l'espèce pour s'opposer à la déduction des frais de refinancement, que le fonds transféré, une fois la valeur actualisée calculée, est censé produire des intérêts au taux du marché, bien qu'exact, n'est cependant pas de nature à empêcher ladite déduction. En effet, d'une part, il ressort de l'expression « est censé » figurant dans ledit rapport qu'il s'agit d'une estimation et non d'un fait certain qui puisse être pris en compte pour compenser les frais de refinancement. Ainsi, il ne peut pas être exclu que la valeur actualisée du fonds quelques années après sa première évaluation ne soit pas égale à cette première valeur augmentée des intérêts échus mais inférieure, en raison par exemple du non-remboursement d'une partie des prêts accordés. D'autre part, il convient de constater qu'il ressort de la décision attaquée, en particulier des considérants 18 et 30, que la valeur du fonds inscrite au bilan est restée stable entre 1999 et 2003 et que l'intégration du fonds spécial dans la Helaba n'implique pas d'afflux de liquidités ou de revenus pour la banque, dès lors que les versements relatifs aux prêts à la construction de logements sociaux sont affectés au fonds spécial et doivent être utilisés à des fins d'aide. Il en résulte que le fait que la valeur actualisée du fonds spécial est inférieure à sa valeur nominale n'entraîne pas pour la Helaba un gain annuel.

273 Il y a lieu, par conséquent, de considérer que, comme le soutiennent la Commission et les intervenants, le fait que la valeur actualisée du fonds spécial, au jour de son intégration, telle que reconnue entre les parties et par le BAKred est inférieure à sa valeur nominale ne compense pas, et n'a pas pour but de compenser, les frais de financement supportés par la Helaba pour se procurer sur le marché des liquidités à hauteur du montant de l'apport litigieux. Le présent argument doit donc être écarté sans qu'il soit nécessaire de demander à la Commission de fournir, comme le propose le requérant, les deux rapports d'expertise établissant la valeur actuelle de l'apport litigieux mentionnés au considérant 16 de la décision attaquée.

Sur l'argument tiré du fait qu'un investisseur privé n'aurait pas accepté une déduction des frais de refinancement

274 Le requérant fait valoir qu'en considérant qu'un investisseur privé accepterait que sa rémunération soit réduite à cause du caractère non liquide de son apport, la Commission a commis deux erreurs, l'une de nature comptable et l'autre de nature macroéconomique.

275 L'erreur comptable consisterait en l'établissement d'un lien entre la décision du Land d'apporter son fonds spécial et la décision de la Helaba de l'accepter. Le requérant affirme que chacune de ces décisions est déterminée par des paramètres — perspectives de rendement, risque, frais de refinancement — qui ne sont pas fixés par les parties mais par le marché de capitaux et qu'un investisseur ne réalisera pas son apport s'il ne s'attend pas à bénéficier d'un rendement correspondant au risque pris. S'agissant des critiques de la Commission selon lesquelles le requérant fonderait son raisonnement sur un « théorème de la séparation », qui, outre qu'il ne serait pas le seul ayant été formulé, serait contraire au critère de l'investisseur privé, il fait valoir qu'il n'existe qu'un seul « théorème de la séparation » et que le critère de l'investisseur privé non seulement n'y est pas contraire, mais se fonde sur lui.

276 L'erreur macroéconomique consisterait pour la Commission à considérer qu'un investisseur privé aurait mis une partie de son patrimoine à la disposition des créanciers de la Helaba pour une durée indéterminée à un taux de 1,4 %, qui non seulement est beaucoup moins élevé que le taux des emprunts sans risque à l'époque — à savoir 4 % —, mais, en outre, n'atteint même pas le taux d'inflation à long terme. Le requérant conteste, en outre, l'affirmation de la Commission selon laquelle le taux de rémunération serait inférieur à celui d'un apport liquide parce qu'il ne s'agirait pas d'un apport habituel. Il fait valoir à cet égard que l'apport litigieux n'a rien d'inhabituel dès lors que des apports en nature comme des bâtiments, des terrains ou des sites de production sont souvent réalisés.

277 À cet égard, il convient de rappeler qu'il ressort de l'arrêt WestLB, point 7 supra, que, en ce qui concerne la qualification d'aide d'État d'un investissement dans une entreprise, il

ne saurait être avancé que, pour calculer la rémunération appropriée, seul le point de vue de l'investisseur est pertinent. Le Tribunal a ainsi considéré que, dans le cadre de négociations dans des conditions normales de l'économie de marché, il aurait été impossible, pour un investisseur privé se trouvant dans la même situation que le Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie, de faire abstraction de l'absence de liquidité du capital apporté et du fait que, pour la WestLB, celui-ci avait une utilité limitée. Il avait dès lors estimé que le Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie n'aurait pas pu exiger pour ce capital une rémunération semblable à celle d'un capital liquide (arrêt WestLB, point 7 supra, points 326 et 328). Il convient, en outre, de rappeler que, dans le cadre de l'application du droit des aides d'État, c'est l'existence d'un avantage pour l'entreprise qui est déterminant. Il en résulte que, dans un cas comme celui de l'espèce, où le Land cherche à investir un actif de nature particulière, une opération ne saurait être considérée comme donnant lieu à une aide d'État lorsque, à la suite de la négociation entre l'autorité publique désirant investir et l'entreprise, les conditions que cette dernière est prête à accepter en raison des désavantages que la nature du capital transféré comporte pour elle impliquent une rémunération moins élevée que celle convenue sur le marché pour des investissements liquides. En effet, pour autant que ces conditions ne soient pas plus avantageuses pour l'entreprise que celles qu'elle aurait pu obtenir si l'opération portait, comme c'est le cas normalement, sur des capitaux liquides, elle ne reçoit pas un avantage qu'elle n'aurait pas pu obtenir sur le marché. En revanche, il ne saurait être considéré que, pour qu'une opération de ce type ne soit pas considérée comme donnant lieu à une aide d'État, l'autorité publique doive toujours recevoir pour son investissement la même rémunération qu'un investisseur prêt à transférer un capital liquide.

278 Dans ces circonstances, les arguments du requérant relatifs à l'inflation et au taux des emprunts sans risque doivent être écartés, dès lors qu'ils reposent sur la prémisse que ce n'est que le point de vue de l'investisseur qui compte et que seule est pertinente la comparaison entre la rémunération perçue par le Land et celle qui aurait été exigée par un investisseur assumant les mêmes risques, indépendamment des avantages et des désavantages résultant pour la Helaba de l'apport litigieux par rapport aux opérations de référence.

279 Cette conclusion ne saurait être infirmée par l'argument du requérant selon lequel l'apport litigieux n'a rien d'inhabituel dès lors que les apports en nature comme des

bâtiments, des terrains ou des sites de production sont fréquents. À cet égard, d'une part, il convient de constater que le requérant ne prétend pas que les instruments de capitaux propres hybrides tels que l'apport litigieux soient souscrits sur le marché en échange de biens tels que des bâtiments ou des terrains. D'autre part, cette comparaison fait abstraction du fait que l'apport litigieux a une nature particulière, même par rapport à de tels biens. En effet, non seulement l'apport litigieux n'est pas liquide, mais la Helaba ne peut pas non plus obtenir de liquidités en le vendant ni l'exploiter pour son bénéfice.

280 Dans ces circonstances, il convient de considérer que l'argument du requérant tiré du fait que le taux convenu entre les parties à l'apport litigieux est inférieur au taux des emprunts sans risques et à l'inflation ne permet pas de considérer que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que, dès lors que l'apport litigieux n'apporte pas de liquidités à la Helaba et que celle-ci doit se les procurer sur le marché, elle ne devait rémunérer le Land que pour le risque auquel il a exposé son patrimoine (majoration de garantie).

Sur le fait qu'un investisseur n'aurait accepté, au mieux, qu'une déduction des frais de refinancement correspondant aux frais réels supportés par la Helaba

281 Le requérant rappelle que, grâce à l'apport litigieux, la Helaba peut étendre ses activités de manière importante et fait valoir que, par conséquent, les frais de refinancement ne devraient pas être imputés sur une « unité d'activité » mais sur l'ensemble de l'activité générée par l'apport. Il affirme que la Commission aurait dû comparer les avantages et les désavantages économiques relatifs d'un apport sous forme liquide, d'une part, et de l'apport litigieux, d'autre part, et considère que le caractère non liquide de l'apport litigieux pourrait justifier tout au plus une réduction du rendement et non une déduction forfaitaire des frais de refinancement. Il estime, en outre, que la Commission n'a pas tenu compte du fait que certaines opérations ne nécessitent pas de liquidités mais génèrent des revenus pour la banque.

282 Par ailleurs, le requérant considère que, même si la totalité du taux de refinancement devait être prise en compte, les frais de refinancement constituent une dépense

professionnelle qui réduit la base imposable de la Helaba, de sorte que la charge réelle de celle-ci après impôts est inférieure au taux de refinancement.

283 S'agissant de l'argument du requérant selon lequel la Commission aurait dû comparer les avantages et les désavantages économiques relatifs de l'apport selon qu'il revêtait, ou non, une forme liquide, il convient de constater qu'un apport non liquide ne comporte pas d'avantages supplémentaires pour une banque par rapport à un apport liquide. Ainsi, la possibilité d'expansion des activités découlant de l'augmentation des fonds propres, tant pour celles qui nécessitent des liquidités que pour celles qui requièrent uniquement des fonds propres de garantie, est identique quelle que soit la nature du patrimoine apporté à la banque. En revanche, un apport non liquide comporte des frais supplémentaires pour la banque, à moins que celle-ci ne réalise que des opérations qui ne requièrent pas de liquidités. Or, le requérant ne prétend pas que ce soit le cas de la Helaba ou des banques ayant émis des apports tacites sur le marché. Au demeurant, dans les calculs qu'il présente dans ses écritures afin de démontrer que le manque à gagner relatif de la Helaba est nettement inférieur au montant absolu de ses frais, le requérant part aussi du principe que la banque cherchera à obtenir des liquidités à hauteur du montant transféré.

284 S'agissant, en outre, des calculs du requérant, il convient d'indiquer qu'ils sont réalisés à partir d'un exemple fondé sur un apport de 100 euros, un facteur d'expansion des activités de 12,5, un taux de refinancement de 4 % et un taux de prêt aux clients de la Helaba de 6,6 %. Le requérant explique que, dans ces circonstances, la Helaba obtiendrait des bénéfices, avant le paiement de la rémunération, de 36,50 euros dans le cas d'un apport liquide et de 32,50 euros dans le cas d'un apport non liquide et que, par conséquent, son manque à gagner lorsqu'elle reçoit un apport non liquide est de 4 euros, c'est-à-dire de 10,96 %. Il propose, par conséquent, de réduire de 10,96 % la rémunération qui serait payée pour l'apport liquide, à savoir 5,4 % — correspondant au taux des emprunts sans risque de 4 % augmenté de la majoration de garantie convenue entre le Land et la Helaba de 1,4 %. Il estime ainsi que la rémunération qui devrait être versée au Land est de 4,81 %.

285 À cet égard, il convient d'emblée de constater que ces calculs sont dans une large mesure spéculatifs. Si le taux de refinancement des emprunts sans risque que le requérant utilise est celui applicable aux emprunts d'État à dix ans en Allemagne au

moment de l'apport litigieux, il n'en reste pas moins que la Helaba devra payer, pour se refinancer sur le marché, un taux supérieur à celui du taux des emprunts d'État (voir point 13 ci-dessus). Quant au taux de 6,6 %, outre que le requérant n'explique pas dans ses écritures sur quoi il repose, il semble évident qu'une banque n'applique pas un taux unique à toutes ses opérations, à tout moment et pour tous ses clients.

286 En tout état de cause, il convient de constater que la déduction partielle des frais de refinancement proposée par le requérant ne permet de compenser que partiellement les coûts plus élevés qu'implique pour la Helaba l'apport litigieux par rapport à un apport liquide. En effet, alors qu'il ressort du calcul proposé par le requérant que les frais de refinancement supportés par la Helaba pour obtenir les liquidités sur le marché s'élèveraient à 4 euros pour un emprunt de 100 euros, la réduction de la rémunération qu'elle verserait au Land ne serait que de 0,59 euros. Dès lors, en utilisant la méthode proposée par le requérant, la charge supportée par la Helaba du fait de l'apport litigieux serait plus élevée que celle qui découlerait d'un apport liquide.

287 Dans ces circonstances, l'argument du requérant ne permet pas de démontrer que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que les frais bruts de refinancement étaient déductibles en l'espèce afin de ne pas rendre l'apport litigieux plus coûteux pour la Helaba qu'un apport liquide, ce qu'un investisseur privé n'aurait pas réussi à imposer dans les circonstances de l'espèce.

288 S'agissant de l'argument du requérant selon lequel le désavantage subi par la Helaba en raison des frais de refinancement est atténué par l'avantage qu'elle tire du fait que lesdits frais constituent des dépenses qui réduisent la base de l'impôt et donc le montant de celui-ci, il suffit de constater que, même si tel est effectivement le cas, les bénéfices dégagés après impôts par la Helaba sont alors également inférieurs à ceux qu'elle aurait dégagés si l'apport avait été liquide. Dans ces circonstances, le caractère non liquide de l'apport litigieux ne présente, pour la Helaba, aucun avantage.

289 Il convient ainsi de distinguer la présente espèce de l'affaire WestLB, dans laquelle la Commission, sans que sa démarche soit remise en cause par le Tribunal, avait consenti

uniquement à la déduction du taux de refinancement net, et non brut, comme le demandaient la République fédérale d'Allemagne et les parties à l'opération, en raison du fait que, la WestLB devant rémunérer l'investisseur après impôts — contrairement à la Helaba —, elle aurait dégagé des bénéfices supérieurs avec le transfert d'un patrimoine non liquide que ceux qu'elle aurait dégagés avec des capitaux liquides.

290 En effet, dès lors que l'impact des frais de refinancement sur les bénéfices de la banque était réduit du fait que, en diminuant la base d'imposition, ils entraînaient une baisse de l'impôt dû, l'impact desdits frais sur la rémunération devait également être réduit de sorte à ne pas faire bénéficier la banque à la fois de la réduction d'impôt et d'une réduction excessive de la rémunération. Ainsi, en déduisant de la rémunération les frais de refinancement nets, la Commission a compensé l'augmentation des dépenses de la WestLB découlant desdits frais et leur réduction résultant de la diminution de la rémunération à payer, rendant l'opération comparable à une opération comportant un transfert de liquidités.

291 Au vu de tout ce qui précède, il y a lieu de considérer que le requérant n'a pas établi que la Commission avait commis une erreur manifeste d'appréciation s'agissant de la prise en compte des frais de refinancement supportés par la Helaba du fait du caractère non liquide du fonds spécial.

292 Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer que le requérant n'a pas démontré que la Commission avait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant, en substance, que la charge supportée par la Helaba pour la partie de l'apport qu'elle pouvait utiliser pour garantir ses activités commerciales, découlant de la rémunération convenue, de la taxe professionnelle et des frais de refinancement, ainsi que la charge de 0,3 % pour le reste de l'apport litigieux, correspondait à la charge que la Helaba aurait supportée si elle avait obtenu des fonds comportant pour elle les mêmes avantages sur le marché. En particulier, la Commission n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant, compte tenu du contexte dans lequel l'opération s'est déroulée, que le fait que le Land a apporté une partie importante des fonds propres de base de la Helaba et qu'il ne puisse désinvestir librement, même s'il augmente certes le risque encouru par le Land, n'apporte pas un avantage supplémentaire à la Helaba et n'aurait pas permis à un investisseur privé d'obtenir une majoration de la rémunération.

293 Les moyens du requérant tirés d'une violation par la Commission de l'article 87 CE ainsi que d'un défaut de motivation de la décision attaquée doivent par conséquent être rejetés.

294 Dès lors, le recours est rejeté.

Sur les autres demandes des parties

295 Le requérant demande au Tribunal d'ordonner à la Commission, conformément à l'article 64, paragraphe 3, du règlement de procédure, de produire, premièrement, le rapport d'expertise déposé par la République fédérale d'Allemagne lors de la procédure administrative et portant sur le rang de l'apport litigieux en cas de faillite de la Helaba, mentionné au considérant 131 de la décision attaquée, deuxièmement, les deux rapports d'expertise établissant la valeur actuallisée de l'apport litigieux mentionnés au considérant 16 de la décision attaquée et, troisièmement, la ou les conventions conclues entre les détenteurs de parts de la Helaba dont résulte l'« influence de contrôle » au profit du Land, à laquelle la Commission fait référence dans sa décision C(2005) 3232 final, du 6 septembre 2005, relative au transfert du Hessischer Investitionsfonds à la Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale en tant qu'apport tacite, attaquée dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de ce jour, Bundesverband deutscher Banken/Commission (T-36/06), point 31 supra.

296 Il demande également au Tribunal que, dans le cadre de la procédure orale, les experts MM. H. et F. soient entendus en tant que témoins.

297 Le requérant suggère, en outre, au Tribunal d'ordonner à la Helaba de chiffrer ses parts de marchés en Hesse, en Thuringe et en Allemagne pour les années 1998 à 2004.

298 Enfin, il propose l'audition de plusieurs témoins dans le cas où la Commission contesterait certaines de ses affirmations relatives à la recevabilité du recours.

299 À la suite de la demande du Tribunal (voir point 25 ci-dessus), la Commission a produit le rapport d'expertise fourni pendant la procédure administrative par la République fédérale d'Allemagne relatif au rang de l'apport litigieux en cas de faillite de la Helaba. Le Tribunal estime cependant que, eu égard aux explications fournies par les parties au cours de la procédure, il n'est pas nécessaire de demander la production des deux rapports d'expertise établissant la valeur actualisée de l'apport litigieux. Pour ce qui est de la ou des conventions conclues entre les détenteurs de parts de la Helaba à laquelle la Commission fait référence dans la décision C(2005) 3232 final, il convient de constater que, aucune appréciation de la Commission dans la décision attaquée ne reposant sur l'influence du Land sur la Helaba, la production du document n'apparaît pas nécessaire.

300 Le Tribunal estime, également, qu'il n'y a pas lieu d'entendre, en qualité de témoins, les experts MM. H. et F., dès lors que leurs rapports ont déjà été versés au dossier.

301 En outre, étant donné l'absence de décision quant à la recevabilité du présent recours, il n'est nécessaire ni de faire droit à la demande du requérant visant à faire ordonner à la Helaba de chiffrer ses parts de marchés en Hesse, en Thuringe et en Allemagne pour les années 1998 à 2004, ni de citer, en qualité de témoins, les personnes dont l'audition est proposée pour le cas où la Commission contesterait certaines des affirmations du requérant relatives à la recevabilité du recours.

302 S'agissant de la demande de traitement confidentiel formulée par le requérant à l'égard de la réplique (voir point 20 ci-dessus), il suffit de constater que, dès lors que les informations considérées par le requérant comme étant confidentielles ne figurent pas dans la version de la réplique déposée, cette demande est sans objet.

303 Enfin, il y a lieu de faire droit à la demande de retirer du dossier certains documents annexés à la réplique (voir point 22 ci-dessus), dès lors qu'il s'agit de documents internes de la Commission.

Sur les dépens

304 Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens s'il est conclu en ce sens. Le requérant ayant succombé, il y a lieu de le condamner aux dépens conformément aux conclusions de la Commission, du Land et de la Helaba.

305 Conformément à l'article 87, paragraphe 4, premier alinéa, du règlement de procédure, la République fédérale d'Allemagne supportera ses propres dépens.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (quatrième chambre)

déclare et arrête :

1) Les documents produits par le Bundesverband deutscher Banken eV aux annexes 9 et 10 de la réplique sont retirés du dossier.

2) Le recours est rejeté.

3) Le Bundesverband deutscher Banken supportera ses propres dépens ainsi que ceux de la Commission européenne, du Land Hessen et de la Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale.

4) La République fédérale d'Allemagne supportera ses propres dépens.

Czúcz Vadapalas Labucka

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 3 mars 2010.

Signatures

Table des matières

Antécédents du litige . . . . . II - 394

A — Apport litigieux . . . . . II - 394

B — Affaires concernant les Landesbanken allemandes . . . . . II - 396

C — Décision attaquée . . . . . II - 397

Procédure et conclusions des parties . . . . . II - 399

En droit . . . . . II - 402

A — Sur la recevabilité . . . . . II - 402

B — Sur le fond . . . . . II - 403

1. Contexte dans lequel l'apport litigieux a été négocié . . . . . II - 406

2. Sur la prise en compte du modèle progressif . . . . . II - 409

a) Décision attaquée . . . . . II - 409

b) Arguments des parties . . . . . II - 410

c) Appréciation du Tribunal . . . . . II - 411

3. Sur le grief selon lequel la Commission aurait qualifié à tort l'apport litigieux d'apport tacite « normal» et non d'investissement dans le capital social . . . . . II - 417

a) Décision attaquée . . . . . II - 417

b) Arguments des parties . . . . . II - 419

c) Appréciation du Tribunal . . . . . II - 421

Sur les caractéristiques sur lesquelles la Commission s'est fondée pour considérer que la rémunération de l'apport litigieux devait être comparée à celle des apports tacites à durée déterminée . . . . . II - 424

— Risque de perte en cas de faillite ou de liquidation . . . . . II - 424

— Profil de rentabilité . . . . . II - 427

Sur les caractéristiques de l'apport litigieux que la Commission a considérées comme n'empêchant pas la comparaison de la rémunération de l'apport litigieux avec celle des apports tacites à durée déterminée . . . . . II - 431

— Volume . . . . . II - 431

— Marge de capital social . . . . . II - 436

— Caractère permanent de l'apport et absence de possibilité de cession . . . . . II - 440

Caractéristiques de l'apport litigieux non invoquées au cours de la procédure administrative et non examinées dans la décision attaquée . . . . . II - 442

Sur la situation du marché au moment de l'intégration de l'apport litigieux . . . . . II - 445

Conclusion sur la qualification de l'apport litigieux d'apport tacite . . . . . II - 449

4. Sur la comparaison de la rémunération de l'apport litigieux avec la rémunération de garantie exigée sur le marché . . . . . II - 450

a) Sur la prise en compte de la taxe professionnelle . . . . . II - 451

Décision attaquée . . . . . II - 451

Arguments des parties . . . . . II - 451

Appréciation du Tribunal . . . . . II - 452

b) Sur la comparaison de la rémunération de base avec la rémunération de garantie de base exigée sur le marché . . . . . II - 454

Décision attaquée . . . . . II - 454

Arguments des parties . . . . . II - 455

Appréciation du Tribunal . . . . . II - 456

Conclusion sur la comparaison de la rémunération de base avec la rémunération de garantie de base exigée sur le marché . . . . . II - 466

c) Sur la comparaison de la majoration de permanence avec la majoration de la rémunération de garantie exigée sur le marché . . . . . II - 466

Décision attaquée . . . . . II - 466

Arguments des parties . . . . . II - 467

Appréciation du Tribunal . . . . . II - 469

Conclusion sur l'examen de la conformité au marché de la rémunération de garantie . . . . . II - 472

5. Sur le fait que la Commission a déduit de la rémunération les frais de refinancement qui résultent pour la Helaba de l'absence de liquidité de l'apport . . . . . II - 473

a) Décision attaquée . . . . . II - 473

b) Arguments des parties . . . . . II - 473

c) Appréciation du Tribunal . . . . . II - 474

Sur l'argument selon lequel l'absence de liquidité a déjà été prise en compte par l'intermédiaire de la valeur d'intégration réduite . . . . . II - 476

Sur l'argument tiré du fait qu'un investisseur privé n'aurait pas accepté une déduction des frais de refinancement . . . . . II - 478

Sur le fait qu'un investisseur n'aurait accepté, au mieux, qu'une déduction des frais de refinancement correspondant aux frais réels supportés par la Helaba II - 480

Sur les autres demandes des parties . . . . . II - 484

Sur les dépens . . . . . II - 486