DÉCISION (UE) 2025/906 DE LA COMMISSION

du 22 novembre 2024

concernant l'aide d'État de l'Allemagne SA.48580 (2017/C) en faveur de WestSpiel

[notifiée sous le numéro C(2024) 8105]

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

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

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment son article 108, paragraphe 2, premier alinéa,

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

après avoir invité les parties intéressées à présenter leurs observations ([1]) et compte tenu de ces observations,

considérant ce qui suit:

1. PROCÉDURE

(1) Par lettre du 20 juin 2017, la Commission a reçu deux plaintes déposées par Fachverband Spielhallen e.V. (ci-après «FSH») et un autre plaignant (ci-après les «plaignants») en lien avec l'aide d'État présumée octroyée à Westdeutsche Spielbanken GmbH & Co. KG (ci-après «WestSpiel») par le Land de Rhénanie-du-Nord - Westphalie (ci-après la «NRW»).

(2) Ces plaintes ont été enregistrées séparément sous les numéros SA.48580 et SA.48842. Le 16 avril 2018, la Commission a fusionné les deux affaires sous le numéro SA.48580.

(3) Le 2 août 2018, la Commission a transmis à l'Allemagne une version non confidentielle des plaintes et lui a demandé un complément d'informations. Après avoir demandé une prolongation du délai de réponse, qui lui a été accordée, l'Allemagne a présenté, par lettre du 2 octobre 2018, son point de vue sur les plaintes et a répondu à la demande d'informations.

(4) Le 6 février 2019, la Commission a demandé des documents supplémentaires à l'Allemagne, qui les lui a fournis le 22 février 2019. Le 12 juin 2019, la Commission a remis aux plaignants la version non confidentielle de la communication du gouvernement fédéral du 2 octobre 2018 en les invitant à présenter leurs observations. Le 8 août 2019, les plaignants ont fait part de leur point de vue sur les arguments de l'Allemagne et ont maintenu leurs plaintes.

(5) Le 8 octobre 2019, la Commission a demandé des documents supplémentaires à l'Allemagne, qui ont été fournis le 24 octobre 2019.

(6) Par lettre du 9 octobre 2019, les plaignants ont officiellement demandé à la Commission, conformément à l'article 265, deuxième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le «TFUE»), d'adopter une décision dans cette affaire.

(7) Par lettre du 9 décembre 2019, la Commission a informé l'Allemagne de sa décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen prévue à l'article 108, paragraphe 2, du TFUE (ci-après la «décision d'ouvrir la procédure»). Par courriel du 15 janvier 2020, l'Allemagne a confirmé que la décision d'ouvrir la procédure ne contenait aucune information confidentielle.

([1]) JO C 59 du 21.2.2020, p. 14.

(8) La décision de la Commission d'ouvrir la procédure a été publiée dans le *Journal officiel de l'Union européenne* ([2]). La Commission a invité les parties intéressées à formuler leurs remarques quant à l'aide/la mesure présumée.

(9) Le 27 janvier 2020, la Commission a transmis à l'Allemagne les observations des plaignants du 8 août 2019.

(10) Le 2 mars 2020, l'Allemagne a présenté des observations sur la décision d'ouvrir la procédure et sur les arguments des plaignants avancés le 8 août 2019. À la suite d'une conférence téléphonique entre la Commission et l'Allemagne qui s'est tenue le 3 juin 2020, l'Allemagne a présenté, le 17 juin 2020, des observations écrites supplémentaires expliquant sa position. Aucun tiers n'a présenté d'observations dans le délai fixé dans la décision d'ouvrir la procédure.

(11) Les plaignants ont transmis des observations le 6 août 2020, au sujet desquelles l'Allemagne s'est exprimée le 1er octobre 2020 dans une communication du gouvernement fédéral.

(12) Le 18 décembre 2020, l'Allemagne a communiqué à la Commission des informations actualisées concernant la privatisation de WestSpiel. Le 2 février 2021, l'Allemagne a fait part d'autres mises à jour sur cette même procédure de privatisation. Le 10 février 2021, l'Allemagne a remis à la Commission un calendrier indicatif des étapes prévues pour mener à bien la procédure de privatisation de WestSpiel.

(13) Le 11 février 2021, la Commission a envoyé une demande d'informations à l'Allemagne, qui y a répondu les 25 et 26 février 2021.

(14) Le 16 mars 2021, WestSpiel a présenté des observations sur l'affaire, ainsi que des informations actualisées sur la procédure de vente de WestSpiel. Le 24 mars 2021, une conversation téléphonique a eu lieu entre des représentants de la Commission et de l'Allemagne.

(15) Les 20 juillet et 8 septembre 2021, l'Allemagne a communiqué des informations complémentaires à la Commission.

(16) Le 14 mars 2022, la Commission a envoyé une nouvelle demande d'informations, à laquelle l'Allemagne a répondu le 4 avril 2022. Le 11 juillet 2022, la Commission a adressé une nouvelle demande d'informations à l'Allemagne, à laquelle cette dernière a répondu le 18 juillet 2022.

(17) Le 12 mai 2023, la Commission a envoyé une nouvelle demande d'informations, à laquelle l'Allemagne a répondu le 14 juillet 2023.

2. DESCRIPTION DÉTAILLÉE DE LA MESURE D'AIDE

2.1. Cadre juridique au moment de l'octroi des mesures présumées

(18) La présente affaire a pour objet le soutien financier que WestSpiel a reçu de l'État entre 2009 et 2015 dans le cadre des mesures décrites à la section 2.3 ci-dessous.

(19) Au moment de l'octroi des mesures d'aide présumées, c'est-à-dire de 2009 à 2015 pour le versement annuel d'une compensation des pertes et en 2015 pour l'injection de capitaux, l'ordre juridique allemand opérait une distinction entre deux types de jeux de hasard.

(20) Il existait d'une part les jeux de hasard sur machine, qui pouvaient être exploités librement par des salles de jeux ou des restaurants spécialisés, sous réserve du respect de la règlementation sur les jeux. En vertu des lois des Länder concernant les salles de jeux, une autorisation (concession) était requise pour l'exploitation de salles de jeux commerciales (privées).

([2]) Décision de la Commission du 9 décembre 2019 dans l'affaire SA.48580 (2017/FC) — Aide présumée en faveur de WestSpiel (JO C 59 du 21.2.2020, p. 14).

(21) On trouvait d'autre part les jeux classiques de hasard ou de casino (black jack, roulette, etc.) et d'autres jeux sur machine, considérés comme trop risqués. Ces jeux ne pouvaient en principe pas être proposés. Par dérogation à cette interdiction, les Länder pouvaient autoriser certains exploitants (principalement publics) (ci-après également dénommés «casinos», «entreprises de casino» ou «entrepreneurs de casino») à proposer de tels jeux, conformément aux dispositions correspondantes de la loi sur les casinos de chaque Land (concernant les concessions accordées au niveau des Länder).

(22) Les objectifs de la loi sur les casinos de la Rhénanie-du-Nord - Westphalie ([3]) (Spielbankgesetz von Nordrhein-Westfalen, ci-après la «SpielbG NRW») étaient fixés dans son article 1er. Cette loi visait tout particulièrement à empêcher l'apparition d'une dépendance aux jeux de hasard et aux paris, à orienter la propension naturelle au jeu de la population vers des canaux ordonnés et contrôlés, à garantir la protection des mineurs et des joueurs, à s'assurer que les jeux de hasard dans les casinos étaient organisés de manière régulière et à veiller à une exploitation sûre et transparente des jeux.

(23) En vertu de l'article 2, paragraphe 2, de la SpielbG NRW, cinq casinos au maximum pouvaient être agréés en Rhénanie-du-Nord - Westphalie. Contrairement à la situation dans d'autres Länder, la SpielbG NRW ne prévoyait pas, avant la vente de WestSpiel, la possibilité d'octroyer également une concession à des exploitants privés. À la lumière des dispositions de l'article 2, paragraphe 1, et de l'article 3, paragraphe 1, de la SpielbG NRW, WestSpiel était de facto la seule entreprise de casinos bénéficiant d'une concession en Rhénanie-du-Nord - Westphalie. En 2019, WestSpiel exploitait au total quatre casinos: à Aix-la-Chapelle, Bad Oeynhausen, Dortmund (Hohensyburg) et Duisbourg. Elle disposait d'une autorisation-cadre depuis 1975.

2.2. **La bénéficiaire de l'aide**

(24) WestSpiel était une entreprise de casino opérant en Rhénanie-du-Nord - Westphalie. Jusqu'à la fusion de WestSpiel avec Westdeutsche Spielbanken GmbH (ci-après «WestSpiel GmbH») ([4]) le 13 janvier 2021 (voir le considérant 28), NRW.BANK était la commanditaire unique de WestSpiel et Westdeutsche Spielbanken GmbH était la commanditée de WestSpiel.

(25) Le 26 novembre 2015, la Rhénanie-du-Nord - Westphalie et NRW.BANK ont conclu un contrat de fiducie aux termes duquel:

— la Rhénanie-du-Nord - Westphalie s'engageait à mettre à la disposition de NRW.BANK un montant de 64,8 millions d'euros après la conclusion d'un contrat de société portant sur une société en participation entre NRW.BANK et WestSpiel, et

— NRW.BANK s'engageait à prendre en charge ce montant à titre fiduciaire et à l'utiliser exclusivement dans le but de créer, en son nom propre mais pour le compte de la Rhénanie-du-Nord - Westphalie, une société en participation au sens des articles 230 et suivants du code du commerce allemand (Handelsgesetzbuch, ci-après le «HGB») avec WestSpiel conformément aux dispositions du contrat de société y afférent et, ce faisant, à réaliser un apport de 64,8 millions d'euros dans WestSpiel (ci-après l'«apport tacite»).

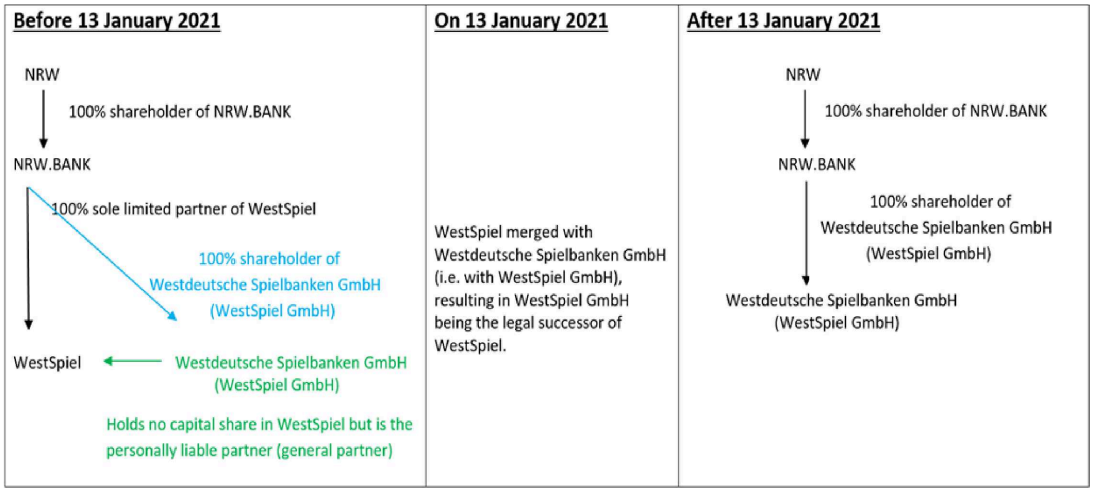
(26) Le 1er décembre 2015, NRW.BANK et WestSpiel ont conclu un contrat de société portant sur une société en participation. En vertu de ce contrat, NRW.BANK était tenue de verser une participation tacite de 64,8 millions d'euros à WestSpiel après réception des fonds par ses soins en tant que fiduciaire. Après la conclusion du contrat de société relatif à une société en participation entre NRW.BANK et WestSpiel et après réception des fonds par NRW.BANK, cette dernière a effectué l'apport de 64,8 millions d'euros dans WestSpiel. Cette participation tacite d'un montant de 64,8 millions d'euros (qui devait être crédité sur un compte distinct pour la participation tacite) a été placée à côté de l'apport de NRW.BANK en tant que commanditaire de WestSpiel dans l'état des capitaux propres de cette dernière.

([3]) En Rhénanie-du-Nord - Westphalie, les jeux de hasard proposés dans les casinos sont soumis à la SpielbG NRW (loi sur l'agrément des casinos publics dans le Land de Rhénanie-du-Nord - Westphalie). Après l'octroi des mesures, la SpielbG NRW a été modifiée par l'article 35, paragraphe 2, de la loi du 29 mai 2020 (GV. NRW., 2020, no 19 du 2.6.2020, p. 357 à 380 | RECHT.NRW.DE).

([4]) WestSpiel GmbH n'avait réalisé aucun apport au capital social et ne détenait donc aucune part de capital. En tant que commanditée (sans apport de capital), WestSpiel GmbH était responsable de la gestion de WestSpiel. En outre, WestSpiel GmbH était la commanditée de Casino Duisburg GmbH & Co. KG, l'ancienne filiale à 100 % de WestSpiel, sans participation dans le capital, et, en tant que telle, elle était également responsable de la gestion de Casino Duisburg GmbH & Co. KG. WestSpiel GmbH n'exerçait aucune activité opérationnelle.

(27) Le 4 janvier 2021, NRW.BANK, WestSpiel et WestSpiel GmbH (dans la perspective de sa fusion avec WestSpiel GmbH) ont conclu un contrat de dissolution en vertu duquel la société en participation entre NRW.BANK et WestSpiel a été dissoute, avec effet au 8 janvier 2021, puis liquidée. L'apport tacite restant (après participation aux pertes) d'environ 46,5 millions d'euros (plus précisément: 46 516 909,42 EUR) a été remboursé à la Rhénanie-du-Nord - Westphalie.

(28) WestSpiel a conservé sa forme juridique de société en commandite jusqu'au 13 janvier 2021. L'unique commanditaire de WestSpiel était NRW.BANK et l'actionnaire personnellement responsable ou la commanditée était, comme décrit ci-dessus, WestSpiel GmbH. NRW.BANK, qui est entièrement détenue par la Rhénanie-du-Nord - Westphalie, était également l'unique actionnaire de WestSpiel GmbH. Après le 13 janvier 2021, NRW.BANK détenait 100 % des parts sociales de WestSpiel, avec une part de capital de 35,5 millions d'euros correspondant à l'apport de garantie (article 3 du contrat de société de WestSpiel du 1er décembre 2007, dans sa version la plus récente).



(29) Dans le cadre d'une restructuration plus large du groupe WestSpiel, menée notamment en vue de soutenir et de faciliter la vente (prévue) du groupe, WestSpiel GmbH et WestSpiel ont conclu, le 22 décembre 2020, un acte de fusion notarié en vertu duquel WestSpiel (sur la base de ses comptes annuels au 31 décembre 2019) a transféré l'ensemble de ses actifs à WestSpiel GmbH, avec effet au 1er janvier 2020, conformément au droit allemand des sociétés. Avec l'inscription de la fusion au registre du commerce compétent le 13 janvier 2021, la fusion a pris effet et la société WestSpiel GmbH a succédé en droit à WestSpiel.

(30) En septembre 2021, WestSpiel a été vendue, à l'issue d'une procédure de passation de marché ([5]), au groupe Gauselmann ([6]) ([7]). Selon des informations accessibles au public ([8]), les activités de WestSpiel dans les quatre casinos d'Aix-la-Chapelle, Bad Oeynhausen, Dortmund (Hohensyburg) et Duisbourg se poursuivent désormais sous le nom de «Merkur Spielbanken NRW GmbH» ([9]).

([5]) https://igamingbusiness.com/nordrhein-westfalen-launches-westspiel-privatisation-tender/.
([6]) Selon les informations fournies par l'Allemagne dans ses explications du 4 avril 2022, la vente de WestSpiel s'est faite par le biais d'un accord de vente d'actions et non d'un accord de cession d'actifs. Les parts de WestSpiel ont été vendues au prix de 141,8 millions d'euros au groupe Gauselmann. L'Allemagne a par ailleurs précisé que l'accord de cession-acquisition prévoyait, en cas de récupération juridiquement contraignante de l'aide, une éventuelle réduction du prix d'achat (en aval) à hauteur de l'aide effectivement récupérée, mais de 30 millions d'euros au maximum; ces conditions ont été communiquées à l'avance et s'appliquaient de la même manière à tous les soumissionnaires intéressés par l'acquisition des parts de WestSpiel.
([7]) Le terme «WestSpiel», défini au considérant 1, désigne également l'entité issue de la concentration, ou, en l'occurrence, l'entité vendue.
([8]) https://www.waz.de/wirtschaft/gauselmann-gruppe-uebernimmt-westspiel-casinos-in-nrw-id232845809.html.
([9]) Voir l'inscription au registre du commerce (portail du registre | page d'accueil).

(31) Dans ses observations du 4 avril 2022, l'Allemagne a déclaré que, après sa vente, WestSpiel avait conservé sa personnalité juridique. L'activité de l'entreprise se poursuit en son nom propre sous la même personne morale. Seul le nom de l'entreprise a été modifié pour devenir «Merkur Spielbanken NRW GmbH», le numéro d'inscription au registre du commerce (Duisburg HRB 19356) restant quant à lui inchangé.

(32) Le cadre fiscal et prudentiel applicable à WestSpiel (au moment de l'octroi des mesures d'aide présumées) revêt une importance particulière dans la présente affaire ([10]). WestSpiel était soumise au régime fiscal général allemand (impôt sur les sociétés, taxe professionnelle) en ce qui concerne les recettes générées par les activités non liées aux jeux (par exemple, la restauration). Pour les activités liées aux jeux, WestSpiel était assujettie à un régime fiscal particulier [articles 12 et 13 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version) ([11])]. Les taxes étaient principalement prélevées sur le produit brut des jeux, et non sur les gains. Conformément à l'article 12 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version), WestSpiel devait s'acquitter d'une taxe sur les casinos s'élevant à 30 % du produit brut des jeux des casinos qu'elle exploitait (taxe majorée de 10 points de pourcentage supplémentaires pour les produits bruts des jeux dépassant 15 millions d'euros par an pour chaque casino). En vertu de l'article 13 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version), WestSpiel devait verser 15 % supplémentaires des produits bruts des jeux au titre de «prestations supplémentaires». Aux termes de l'article 12 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version), la taxe sur les casinos devait être affectée à des fins publiques ou d'intérêt général.

(33) Outre ces taxes sur les produits bruts des jeux, WestSpiel devait, en vertu de l'article 14 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version), reverser à la Rhénanie-du-Nord - Westphalie, par l'intermédiaire d'un mécanisme de prélèvement sur les bénéfices, 75 % des excédents annuels déclarés (voire davantage dans certains cas). Contrairement aux taxes sur les produits bruts des jeux prévues aux articles 12 et 13 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version), le mécanisme de prélèvement sur les bénéfices était applicable à l'ensemble de l'activité de l'entreprise (c'est-à-dire pas uniquement aux bénéfices générés par les jeux). Il s'appliquait notamment à la vente des œuvres d'art en 2014.

2.3. **Mesures présumées**

(34) Les plaignants font valoir que WestSpiel a bénéficié d'aides d'État illégales et incompatibles avec le marché intérieur dans le cadre des trois mesures suivantes:

a) le versement annuel présumé d'une compensation des pertes par son actionnaire NRW.BANK depuis 2009;

b) l'octroi présumé d'une concession pour exploiter un cinquième casino à Cologne;

c) l'injection présumée d'un capital de 64,8 millions d'euros en 2015.

(35) Dans la décision d'ouvrir la procédure, la Commission n'a ouvert la procédure formelle d'examen que pour les mesures visées aux points a) et c). En ce qui concerne la mesure visée au point b), elle a adopté une décision de ne pas soulever d'objections, au motif que l'octroi présumé à WestSpiel d'une concession pour exploiter un cinquième casino à Cologne ne constituait pas une aide (voir le considérant 97 et la conclusion de la décision d'ouvrir la procédure). Par conséquent, cette mesure ne relève pas de la présente décision, qui porte donc exclusivement sur les mesures visées aux points a) et c).

2.3.1. *Versement annuel d'une compensation des pertes*

(36) Les plaignants font valoir qu'entre 2009 et 2015, WestSpiel a reçu un versement annuel, à titre de compensation des pertes, de la part de sa seule commanditaire, à savoir NRW.BANK.

([10]) La question de savoir si le traitement fiscal différencié de WestSpiel constitue en soi une aide d'État illégale fait l'objet de la décision C(2019) 8819 final de la Commission du 9 décembre 2019 concernant les aides d'État SA.44944 (2019/C) (ex 2019/FC) et SA.53552 (2019/C) (ex 2019/FC) — Traitement fiscal réservé aux exploitants de casinos publics en Allemagne et garantie présumée en faveur des exploitants de casinos publics en Allemagne (JO C 187 du 5.6.2020, p. 80). La décision rendue dans cette affaire a été attaquée (affaire T-510/20), mais le Tribunal a rejeté le recours par ordonnance du 22 octobre 2021, Fachverband Spielhallen et LM/Commission, T-510/20, ECLI:EU:T:2021:745. Un pourvoi a ensuite été introduit contre cette ordonnance du Tribunal (affaire C-831/21 P).

([11]) Version de la SpielbG NRW du 13 novembre 2012 [GV. NRW., p. 524, 530, SpielbG NRW 2012, NW — Loi sur les casinos de Rhénanie-du-Nord - Westphalie — Législation de l'État fédéral et des Länder (lexsoft.de)] avant sa modification par l'article 35, paragraphe 2, de la loi du 29 mai 2020.

(37) Alors que WestSpiel pouvait encore réaliser des bénéfices entre 2005 et 2008, elle n'y est plus parvenue au cours des années suivantes. Entre 2009 et 2015, le produit total brut des jeux généré par WestSpiel a oscillé entre 79,6 millions d'euros et 101,1 millions d'euros environ par an. En raison des taxes prélevées sur le produit brut des jeux conformément aux articles 12 et 13 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version), WestSpiel a enregistré des pertes totales allant de 3,5 millions d'euros à 9 millions d'euros environ entre 2009 et 2013 ainsi qu'en 2015 ([12]). En 2014, la vente de deux œuvres d'art par WestSpiel a toutefois généré des recettes exceptionnelles de quelque 114,4 millions d'euros, ce qui a permis à WestSpiel de réaliser la même année un excédent annuel de 86,4 millions d'euros environ.

(38) Le résultat de l'exercice de WestSpiel (c'est-à-dire, en 2014, l'excédent restant après application du mécanisme de prélèvement sur les bénéfices et, pour toutes les autres années allant de 2009 à 2015, les déficits) a été crédité sur le compte de capital de NRW.BANK ou débité de celui-ci. Par conséquent, le compte de capital de NRW.BANK, en tant que commanditaire unique de WestSpiel, était encore estimé à environ 27,6 millions d'euros pour l'apport de commanditaire dans WestSpiel en 2009 et seulement à 12,5 millions d'euros en 2015 ([13]).

(39) Selon les plaignants, les rapports annuels de WestSpiel indiquent que l'entreprise a bénéficié de versements de compensation des pertes d'environ 63,6 millions d'euros entre 2009 et 2015.

(40) Dans leur exposé du 8 août 2019, les plaignants estiment qu'en raison de la structure de la société WestSpiel, NRW.BANK (en tant que commanditaire unique de WestSpiel) s'est vu attribuer des pertes d'environ 24,8 millions d'euros entre 2009 et 2017, tandis que la Rhénanie-du-Nord - Westphalie (en sa qualité de fiduciaire à l'origine de la participation tacite de NRW.BANK dans WestSpiel après la conclusion du contrat de société relatif à une société en participation en 2015, comme expliqué plus en détail au point 2.3.2) s'est vu attribuer des pertes d'environ 9,1 millions d'euros au cours de la même période. À cet égard, les plaignants affirment que WestSpiel est une entreprise publique au sens de la directive 2006/111/CE de la Commission ([14]) et que les ressources mises à sa disposition, mais contrôlées en permanence par l'État (c'est-à-dire le capital de WestSpiel), doivent être qualifiées de ressources d'État.

(41) Les plaignants soutiennent en outre qu'il est peu probable que WestSpiel ait été en mesure de supporter ses propres pertes au cours des dix dernières années sans l'apport de capital de 64,8 millions d'euros et que, dans ces circonstances, un investisseur privé avisé n'aurait pas continué à supporter les déficits annuels générés par WestSpiel (comme l'auraient fait la Rhénanie-du-Nord - Westphalie et NRW.BANK). Enfin, les plaignants font valoir que l'affirmation de l'Allemagne selon laquelle les déficits annuels de WestSpiel sont principalement imputables à la charge fiscale élevée n'est pas correcte. Ainsi, selon les estimations des plaignants, la charge fiscale de WestSpiel a diminué au fil des années, alors que les ratios de coûts avant prélèvement des taxes ont augmenté de 2005 à 2015. Il s'ensuit, selon les plaignants, que les pertes de WestSpiel n'ont pas été causées par une prétendue charge fiscale élevée, mais par des ratios de coûts exceptionnellement élevés. Enfin, les montants couverts par la liquidation (partielle) du fonds de risque (voir la note 12 de bas de page) ne peuvent être déduits des pertes de WestSpiel (comme le fait valoir l'Allemagne), car les risques que le fonds devait effectivement couvrir n'étaient pas clairement définis.

(42) Selon les plaignants, les versements annuels de compensation des pertes par la NRW.BANK sont financés au moyen de ressources d'État et sont imputables à l'État, étant donné que NRW.BANK est la propriété exclusive de la Rhénanie-du-Nord - Westphalie et que des membres du gouvernement siègent au conseil d'administration et prennent part aux décisions concernant ces versements annuels. Les plaignants estiment que, conformément à la jurisprudence, il n'est pas nécessaire de constater dans chaque cas un transfert de ressources d'État. Il suffit selon eux que des fonds soient mis à la disposition d'une entreprise publique pour que la mesure en cause relève de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

([12]) Ces chiffres ne tiennent pas compte de la compensation des pertes par la dissolution (partielle) d'un fonds de risque pour WestSpiel, créé pour couvrir les risques généraux et particuliers non assurables liés aux jeux de hasard. La création de ce fonds reposait sur l'autorisation-cadre délivrée par le ministère de l'intérieur et des communes de Rhénanie-du-Nord - Westphalie pour l'exploitation des casinos de ce Land, ainsi que sur le contrat de société de WestSpiel. Conformément au contrat de société, WestSpiel devait créer elle-même ce fonds de risque. Dans les comptes annuels, le fonds est inscrit en tant que poste spécial au passif, entre les capitaux propres et les provisions.

([13]) Ces chiffres tiennent compte de la compensation des pertes par la dissolution (partielle) du fonds de risque et de l'imputation des pertes sur la participation tacite de NRW.BANK en 2015.

([14]) Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (JO L 318 du 17.11.2006, p. 17, ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/2006/111/oj).

(43) Étant donné que NRW.BANK n'a couvert que les pertes de WestSpiel, et non celles d'autres entreprises, les plaignants soutiennent que les versements annuels de compensation des pertes constituent un avantage sélectif en faveur de WestSpiel. En ce qui concerne l'année 2014, les recettes exceptionnelles générées par la vente des deux œuvres d'art n'auraient pas dû être prises en considération puisque, sans cette vente, WestSpiel aurait subi cette année-là des pertes opérationnelles de 21 millions d'euros environ. Dans l'ensemble, les plaignants affirment que la situation financière difficile de WestSpiel ne saurait être justifiée par une charge fiscale prétendument trop élevée, compte tenu du ratio de coûts avant prélèvement des taxes. Dans de telles circonstances, la compensation des pertes par NRW.BANK n'aurait pas été comparable au comportement d'un investisseur hypothétique en économie de marché. Les plaignants avancent également que, compte tenu de la concurrence entre les casinos publics et les salles de jeux privées, la mesure fausse ou menace de fausser la concurrence et affecte les échanges entre les États membres.

(44) De plus, les plaignants estiment que la mesure n'est pas compatible avec le marché intérieur. Bien que WestSpiel soit une entreprise en difficulté au sens des lignes directrices de la Commission concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers ([15]) (ci-après les «lignes directrices concernant les aides au sauvetage et à la restructuration»), la mesure n'est pas conforme auxdites lignes directrices.

2.3.2. *Injection présumée d'un capital en 2015*

(45) Les plaignants font également valoir que WestSpiel a bénéficié d'une injection de capital à hauteur de 64,8 millions d'euros de la part de NRW.BANK en 2015.

(46) Alors que WestSpiel avait généré des pertes au cours des années précédant et suivant l'année 2014, elle aurait enregistré un excédent annuel d'environ 86,4 millions d'euros en 2014. Or, cet excédent proviendrait non pas des activités opérationnelles de WestSpiel, mais de la vente de deux œuvres d'art. Le prélèvement sur les bénéfices prévu à l'article 14 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version) aurait alors donné lieu, en 2014, au versement d'un montant d'environ 82 millions d'euros à la Rhénanie-du-Nord - Westphalie.

(47) En 2015, une partie des bénéfices prélevés (à savoir 64,8 millions d'euros) a été réinjectée dans WestSpiel de la manière suivante: la Rhénanie-du-Nord - Westphalie et NRW.BANK ont conclu le contrat de fiducie aux termes duquel NRW.BANK est devenue fiduciaire d'une participation de la Rhénanie-du-Nord - Westphalie dans le capital social de WestSpiel. Cette participation tacite de 64,8 millions d'euros est venue s'ajouter au capital social apporté par NRW.BANK.

(48) Le contrat de fiducie conclu le 26 novembre 2015 entre la Rhénanie-du-Nord - Westphalie et NRW.BANK obligeait la Rhénanie-du-Nord - Westphalie à mettre à la disposition de NRW.BANK le montant nominal de 64,8 millions d'euros au plus tard dix (10) jours ouvrables bancaires après la signature du contrat de fiducie, mais pas avant la signature du contrat de société relatif à une société en participation entre NRW.BANK et WestSpiel. L'Allemagne a confirmé que le paiement avait été reçu par NRW.BANK le 10 décembre 2015.

(49) Le contrat de société relatif à une société en participation entre NRW.BANK et WestSpiel a été conclu le 1er décembre 2015. Il prévoyait le versement, par NRW.BANK, d'une participation de 64,8 millions d'euros au plus tard cinq (5) jours ouvrables bancaires après la réception de la contribution par NRW.BANK en tant que fiduciaire. L'Allemagne a confirmé que le paiement avait été reçu par WestSpiel le 15 décembre 2015.

([15]) Communication de la Commission — Lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers (JO C 249 du 31.7.2014, p. 1).

(50) Les plaignants estiment que l'injection de capital effectuée en 2015 constitue une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE. Ils font notamment valoir que l'apport de 64,8 millions d'euros a permis à WestSpiel de disposer de nouveaux capitaux qu'un investisseur privé en économie de marché n'aurait pas engagés. Cela ressortirait notamment des comptes annuels de WestSpiel concernant 2015, qui renvoient à un rapport d'expertise («Independent Business Review», ci-après l'«expertise [IBR]») établi par [un cabinet d'audit renommé] (*) le 29 avril 2015, dans lequel il est indiqué que les hypothèses retenues dans le scénario de gestion pour WestSpiel «*ne sont pas irréalistes […], mais sont en partie difficiles ou ambitieuses*» et que le scénario de gestion est un «*scénario réaliste, mais qui comporte des risques globalement considérables*» ([16]). Selon les plaignants, l'injection de capital a été réalisée sans vérifier au préalable si le rendement de cet investissement était conforme au rendement moyen de 24 % (entre 10 % et 39 %) dans le secteur des jeux de hasard sur machines.

(51) À cela s'ajoute le fait que, selon les plaignants, le capital supplémentaire injecté était destiné à la création du cinquième casino de Cologne, mais que le Land de Rhénanie-du-Nord - Westphalie n'avait procédé à aucune analyse appropriée du rendement escompté de ce cinquième casino. Pour ces raisons, l'injection de capital ne serait manifestement pas conforme au principe de l'investisseur en économie de marché et conférerait un avantage sélectif à WestSpiel.

(52) En ce qui concerne l'«*approche globale visant à assurer l'avenir de WestSpiel*» invoquée par l'Allemagne, qui prévoyait la vente des œuvres d'art et l'injection ultérieure des bénéfices initialement prélevés sur la vente, les plaignants estiment que la qualification par l'Allemagne du prélèvement sur les bénéfices au titre de l'article 14 de la SpielbG NRW est en contradiction avec la position de l'Allemagne dans l'affaire SA.44944 ([17]). Alors que, selon les plaignants, l'Allemagne a présenté en l'espèce le prélèvement sur les bénéfices comme une affectation normale des bénéfices conformément aux dispositions du HGB, l'Allemagne a fait valoir dans l'affaire SA.44944 que le prélèvement sur les bénéfices au titre de l'article 14 de la SpielbG NRW constituait un impôt au sens de l'article 3, paragraphe 1, du code fiscal allemand.

(53) Les plaignants soutiennent que, en tout état de cause, l'injection de capital effectuée en 2015 n'était pas conforme au principe de l'investisseur en économie de marché, que ce soit à court ou à long terme. Dans une perspective à court terme, l'Allemagne n'a pas procédé à un examen préalable de la rentabilité de l'injection du capital, comme elle aurait dû le faire conformément à la jurisprudence applicable. Ainsi, du point de vue des plaignants, l'Allemagne aurait notamment dû comparer la situation financière future de WestSpiel avec et sans l'injection de capital. Dans une perspective à long terme, l'Allemagne, en tenant compte des futures recettes fiscales de l'État provenant des taxes prévues aux articles 12, 13 et 14 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version), aurait omis de faire la distinction entre le rôle de l'État en tant qu'autorité fiscale et son rôle en tant qu'opérateur économique (c'est-à-dire en tant qu'actionnaire de WestSpiel).

2.4. **Description des raisons ayant conduit à l'ouverture de la procédure**

(54) Par décision du 9 décembre 2019, la Commission a ouvert la procédure formelle d'examen concernant le versement annuel présumé d'une compensation des pertes entre de 2009 à 2015 et l'injection présumée d'un capital en 2015.

2.4.1. *Versement annuel présumé d'une compensation des pertes*

(55) Aux considérants 62 et 63 de la décision d'ouvrir la procédure, la Commission a constaté que l'existence d'un avantage ne pouvait être exclue, étant donné qu'il était difficile de déterminer si les actionnaires de WestSpiel, la NRW.BANK et la Rhénanie-du-Nord - Westphalie avaient effectivement supporté les pertes (ou une partie des pertes) de WestSpiel ou s'ils avaient décidé si le capital nécessaire à la couverture des pertes devait ou non être mis à disposition.

(*) Information confidentielle.

([16]) Voir la page 10 de l'expertise [IBR].

([17]) Voir la décision C(2019) 8819 final, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202023/283549_2161703_113_2.pdf.

(56) Par ailleurs, au considérant 64 de la décision d'ouvrir la procédure, la Commission a constaté que le simple fait que NRW.BANK ait accepté de supporter d'autres pertes malgré les pertes répétées de WestSpiel au cours des années précédentes, sans examiner au préalable si elle devait maintenir ou dissoudre sa participation dans WestSpiel afin de préserver la valeur de l'apport restant, pourrait avoir constitué en soi un avantage indu, étant donné qu'il n'y a pas lieu de supposer qu'un investisseur privé aurait agi de la même manière dans des circonstances comparables.

(57) Compte tenu de ce qui précède, la Commission a estimé, au considérant 65 de la décision d'ouvrir la procédure, que la structure juridique et la structure d'entreprise de WestSpiel, ainsi que les différents instruments juridiques par lesquels les actionnaires ont mis des capitaux propres à disposition, devaient être examinés plus en détail avant de pouvoir évaluer les effets des mesures au regard des règles en matière d'aides d'État.

2.4.2. *Injection de capital présumée en 2015*

(58) Aux considérants 79 à 84 de la décision d'ouvrir la procédure, la Commission a considéré que le mécanisme de prélèvement sur les bénéfices semblait constituer une taxe spécifique sur les recettes de l'entreprise de casino opérant en Rhénanie-du-Nord - Westphalie (à savoir WestSpiel).

(59) La Commission a constaté que l'Allemagne ne pouvait pas soutenir, dans l'affaire SA.44944, que les casinos publics étaient (potentiellement) assujettis à un régime fiscal défavorable (c'est-à-dire que WestSpiel ne bénéficiait d'aucun avantage fiscal), tout en affirmant, dans l'affaire SA.48580 en cause, que le mécanisme de prélèvement sur les bénéfices constituait une distribution de bénéfices aux actionnaires (c'est-à-dire qu'il ne s'agissait pas d'une imposition) et que les actionnaires n'avaient alors fait que reverser une partie des bénéfices distribués à WestSpiel.

(60) Au considérant 83 de la décision d'ouvrir la procédure, la Commission a conclu que, dans ce contexte, le mécanisme de prélèvement sur les bénéfices prévu à l'article 14 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version) ne semblait pas constituer une simple distribution automatique de bénéfices de WestSpiel à son actionnaire, à laquelle NRW.BANK aurait pu renoncer. L'injection de capital effectuée en 2015 aurait été d'une nature différente de celle du mécanisme de prélèvement sur les bénéfices. En tant que mesure autonome et au regard du principe de l'investisseur en économie de marché, cette injection semble avoir conféré un avantage à WestSpiel.

3. OBSERVATIONS PRÉSENTÉES PAR LES PARTIES INTÉRESSÉES

(61) La Commission n'a reçu aucune observation de la part des parties intéressées dans le délai fixé dans la décision d'ouvrir la procédure.

4. OBSERVATIONS PRÉSENTÉES PAR L'ALLEMAGNE

(62) Selon l'Allemagne, aucune des mesures d'aide présumées ne constitue une aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

4.1. Versement annuel présumé d'une compensation des pertes

(63) En ce qui concerne le versement annuel présumé d'une compensation des pertes, l'Allemagne fait valoir, en substance, que WestSpiel n'a jamais reçu de compensation directe ou indirecte de ses pertes de la part de NRW.BANK, mais qu'elle a simplement utilisé les capitaux propres (injectés en 1978 et 2002) pour compenser les pertes accumulées. Elle soutient que la mesure d'aide présumée n'impliquait aucun paiement de la part de NRW.BANK et qu'elle ne comportait donc aucune aide d'État.

(64) Selon l'Allemagne, les actionnaires sont tenus, en vertu du droit allemand des sociétés, d'inscrire au bilan des capitaux propres réduits si l'entreprise dans laquelle ils détiennent des parts enregistre des pertes. En ce sens, les règles comptables standard applicables aux sociétés en commandite en vertu du droit allemand des sociétés ([18]) auraient pour conséquence qu'en l'espèce, le capital aurait été automatiquement consommé, c'est-à-dire que le compte de capital de la société en commandite aurait été automatiquement débité du montant des pertes, sans que l'actionnaire ait pris de décision à cet égard.

([18]) Voir l'article 167, lu en combinaison avec l'article 120 du HGB (version du HGB avant la modification du 1er janvier 2024 par l'article 34, paragraphe 4, de la loi du 22.12.2023, BGBl. 2023 I nº 411, ci-après l'«ancienne version»).

(65) En outre, l'Allemagne indique que NRW.BANK «*ne pouvait pas décider si le capital nécessaire à la couverture des pertes [de WestSpiel] serait ou non mis à disposition*» (considérant 62 de la décision d'ouvrir la procédure). En ce sens, sur la base des dispositions du droit allemand, l'Allemagne déclare ce qui suit:

a) WestSpiel, comme toute société commerciale, doit établir ses comptes pour la clôture de chaque exercice (articles 242 et suivants du HGB). Ces comptes annuels se composent du bilan et d'un compte de profits et pertes spécifique (article 242, paragraphe 3, du HGB). À cet égard, la société est tenue de se conformer à la loi. Si la situation financière de la société, en particulier l'utilisation des capitaux propres, n'était pas correctement indiquée dans les comptes annuels, les personnes impliquées seraient passibles de poursuites pour faux en écritures comptables (article 331 du HGB).

b) Contrairement à ce qu'affirment les plaignants, un actionnaire (en ce qui concerne le capital déjà injecté dans la société) ne peut donc pas décider unilatéralement «*si le capital nécessaire à la couverture des pertes [est] ou non mis à disposition*» ([19]). Cette décision échappe aux actionnaires, car la réduction des capitaux propres au moyen d'une compensation avec la part du capital du commanditaire repose sur les dispositions combinées de l'article 161, paragraphe 2, et de l'article 120 du HGB (ancienne version). Ces dispositions sont ainsi libellées:

— (Paragraphe 1) «*À la clôture de chaque exercice, le résultat de l'exercice est déterminé sur la base du bilan et la quote-part est calculée pour chaque actionnaire.*»

— (Paragraphe 2) «*Le bénéfice revenant à un actionnaire est attribué à la part de capital de cet actionnaire; la perte subie par un actionnaire ainsi que l'argent prélevé sur la part du capital au cours de l'exercice sont amortis sur celle-ci.*»

c) L'utilisation des capitaux propres ne signifie pas que le commanditaire apporte de nouveaux fonds (ou qu'il prend une décision sur l'utilisation des capitaux déjà injectés). Elle implique seulement que la valeur de sa participation a diminué en raison des pertes et de l'utilisation des capitaux propres. Le compte de profits et pertes consolidé mentionne donc à juste titre un «*débit du déficit annuel […] sur le compte de capital de NRW.BANK (commanditaire)*». Il ne s'agirait toutefois que d'une opération comptable, à savoir le débit d'un poste du bilan (du compte de capital). Il ne s'agirait pas d'une «*procédure de débit visant à transférer des fonds d'un compte de capital de NRW.BANK sur un compte de WestSpiel*» ([20]), mais cela exprime, conformément aux dispositions du droit comptable, le fait que les capitaux propres de la société octroyés au cours des années précédentes ont diminué.

d) Cette réglementation, qui s'applique en principe à toutes les sociétés commerciales de l'Union et qui a été, dans une large mesure, harmonisée et concrétisée par le droit dérivé de l'Union, servirait à protéger les créanciers. Les pertes subies seraient donc obligatoirement absorbées par les capitaux propres.

e) Un actionnaire ne peut se soustraire à ce mécanisme. Dès lors, les actionnaires ne peuvent pas décider librement de l'utilisation des capitaux propres. Dans ce contexte, la compréhension du droit exprimée par les plaignants ([21]) serait discutable et le fait de ne pas faire figurer l'utilisation du capital social dans les comptes annuels constituerait une infraction.

(66) En ce qui concerne la période antérieure à la participation tacite (c'est-à-dire de 2009 à 2014), l'Allemagne explique que le contrat de société de WestSpiel de 2007 ne contenait aucune clause qui aurait abouti à un mécanisme autre que l'utilisation automatique du capital social décrite au considérant 63 de la décision d'ouvrir la procédure. Le contrat de société de 2007 n'aurait été qu'une simple clarification reprenant la législation allemande applicable ([22]).

([19]) Voir le considérant 62 de la décision d'ouvrir la procédure.
([20]) Voir le considérant 63 de la décision d'ouvrir la procédure.
([21]) Voir le considérant 62 de la décision d'ouvrir la procédure.
([22]) Le contrat de société de WestSpiel (de 2007) a depuis été remanié avec effet au 26 janvier 2016. L'Allemagne soutient, sur la base d'autres éléments, qu'aucun transfert de ressources financières ou de liquidités de la part de la commanditaire n'a eu lieu lors de l'attribution des parts de pertes, ni au cours des années ayant précédé la modification du contrat de société en 2016 ni au cours des années qui ont suivi. En ce qui concerne les étapes nécessaires à la répartition des pertes annuelles, il n'y aurait donc pas non plus eu de différence entre le contrat de société de 2007 et celui de 2016. Les pertes auraient été réparties proportionnellement à la part du capital (du Land de Rhénanie-du-Nord - Westphalie, par l'intermédiaire de la participation tacite, et de NRW.BANK). En outre, le contrat de société concernant la création d'une société en participation aurait prévu que cette dernière ne pouvait être dissoute unilatéralement par l'une des parties contractantes. En tout état de cause, comme expliqué au considérant 66 de la décision d'ouvrir la procédure, la Commission conclut que les mêmes considérations s'appliquent également aux pertes subies au cours des années suivantes (c'est-à-dire après 2015, conformément au contrat de société de 2016) et qui ont (probablement) été enregistrées sur les comptes de capitaux de NRW.BANK et de la Rhénanie-du-Nord - Westphalie (en sa qualité de fiduciaire derrière l'apport tacite de NRW.BANK dans WestSpiel).

(67) L'Allemagne affirme en outre que NRW.BANK et la Rhénanie-du-Nord - Westphalie n'ont pris aucun engagement contractuel supplémentaire en faveur de WestSpiel (garanties, engagements, etc.).

(68) Au considérant 64 de la décision d'ouvrir la procédure, la Commission a également exprimé des doutes quant à la mesure, étant donné qu'il n'était pas exclu que WestSpiel ait bénéficié d'un avantage du fait que NRW.BANK avait maintenu sa participation dans WestSpiel malgré la persistance de ses pertes subies, «*étant donné qu'il n'y [avait] pas lieu de supposer qu'un investisseur privé aurait agi de la même manière dans des circonstances comparables*». L'Allemagne estime que ces doutes ne sont pas justifiés. Afin de démontrer qu'un investisseur privé aurait tout de même agi de la même manière, l'Allemagne décrit deux scénarios différents pour une action de NRW.BANK (liquidation et vente de WestSpiel).

— *Premier scénario: liquidation de WestSpiel*

(69) Selon l'Allemagne, NRW.BANK n'aurait pas pu récupérer la valeur de l'apport initial en capital de 35,5 millions d'euros au cours de la période en cause (2009 à 2015) en liquidant WestSpiel. Pour des raisons de protection des créanciers, la dissolution de WestSpiel ou le retrait d'un actionnaire sont, selon elle, soumis à des limites strictes en vertu du droit allemand des sociétés. Certes, l'Allemagne admet qu'une dissolution par décision des actionnaires est possible [article 131 du HGB (ancienne version) ([23])], mais la dissolution marquerait le début de la cessation d'activité ou de la liquidation au sens des articles 145 et suivants du HGB (dans son ancienne version) ([24]) et des articles 730 et suivants du code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch, ci-après le «BGB»). L'Allemagne explique qu'il s'agit d'un processus long et fastidieux dans le cadre duquel les liquidateurs doivent mettre fin aux opérations courantes de la société, recouvrer les créances, convertir les autres actifs en argent et désintéresser les créanciers [article 149, première phrase, du HGB (dans son ancienne version) ([25])]. L'actif restant de la société après régularisation des dettes doit ensuite être réparti par les liquidateurs entre les actionnaires au prorata des parts de capital [article 155, paragraphe 1, du HGB (dans son ancienne version) ([26])].

(70) En outre, l'Allemagne fait valoir qu'en cas de liquidation de WestSpiel, NRW.BANK aurait dû honorer un grand nombre de dettes envers des tiers, y compris des engagements importants en matière de retraites, comme décrit au considérant 69. En outre, il aurait fallu tenir compte des frais de résiliation des contrats (par exemple, les contrats de travail et les contrats de location) et la liquidation d'actifs immobilisés ou d'actifs circulants aurait entraîné des réductions significatives des valeurs comptables commerciales, dues à la liquidation. De ce fait, l'apport de NRW.BANK, en tant que commanditaire unique de WestSpiel, aurait nécessairement été affecté en ce sens qu'il n'aurait subsisté une plus-value pour l'apport de NRW.BANK qu'en cas de solde positif [voir l'article 171, paragraphe 1, lu en combinaison avec l'article 167, paragraphe 3 ([27]), l'article 149, première phrase, et l'article 161, paragraphe 2, du HGB]. La valeur de liquidation de WestSpiel aurait donc été nettement négative, ne serait-ce que sur la base de calculs approximatifs.

(71) Par conséquent, l'Allemagne conclut qu'une procédure de liquidation n'aurait aucunement permis à NRW.BANK de récupérer, au cours de la période en cause, la valeur de l'apport initial en capital au moyen de la dissolution de WestSpiel. À cet égard, l'Allemagne fait également valoir qu'il convient de tenir compte du fait qu'à cette époque, NRW.BANK avait déjà investi des capitaux importants dans WestSpiel (apport initial d'un montant de 35,5 millions d'euros). Selon l'Allemagne, un investisseur privé qui a déjà investi dans une entreprise ne procéderait pas à la même évaluation des risques pour un nouvel investissement qu'un investisseur sans participation existante. Dans ce contexte, il serait admis qu'en cas de participation majoritaire, des considérations stratégiques à long terme peuvent justifier un rendement inférieur à la moyenne du marché («effet engendré par la qualité de propriétaire»).

— *Deuxième scénario: vente de WestSpiel*

(72) Le premier scénario pouvant être exclu, NRW.BANK n'aurait pu — selon l'Allemagne — éviter les charges liées aux pertes de WestSpiel qu'au moyen d'une vente. Sur le plan économique, WestSpiel aurait été, au cours de la période en cause (de 2009 à 2015), dans une situation relativement peu attrayante pour un acheteur, de sorte qu'il n'aurait certainement pas été possible d'obtenir un prix d'achat satisfaisant.

([23]) Depuis la modification du 1er janvier 2024, l'article 131 du HGB est devenu l'article 140 du HGB.
([24]) Depuis la modification du 1er janvier 2024, l'article 145 du HGB est devenu l'article 143 du HGB.
([25]) Depuis la modification du 1er janvier 2024, l'article 149, première phrase, du HGB est devenu l'article 148, paragraphe 2 et paragraphe 5, première phrase, du HGB.
([26]) Depuis la modification du 1er janvier 2024, l'article 155, paragraphe 1, du HGB est devenu l'article 148, paragraphe 8, du HGB.
([27]) Depuis la modification du 1er janvier 2024, l'article 167, paragraphe 3, du HGB est limité à l'article 167 du HGB.

(73) Selon l'Allemagne, le Land de Rhénanie-du-Nord - Westphalie a commandé l'expertise [IBR] (2015), qui couvrait un grand nombre d'indicateurs et serait donc plus exhaustive qu'un test de l'investisseur privé ordinaire.

(74) L'Allemagne mentionne notamment la page 101 du rapport d'expertise, dont il ressortirait que, même avec l'injection de capital prévue à l'époque sous la forme d'une participation tacite, le solde de paiement de WestSpiel n'aurait été positif qu'à partir des années 2021 à 2023. C'est également ce qui ressort de l'avant-dernière ligne du graphique ci-dessous, qui est tiré de l'expertise [IBR].

[…]

4.2. **Injection présumée d'un capital en 2015**

(75) Au considérant 77 de la décision d'ouvrir la procédure, la Commission a décrit deux arguments avancés par l'Allemagne en ce qui concerne l'injection de capital en 2015. Premièrement, l'injection de capital n'aurait constitué qu'une restitution (partielle) du bénéfice prélevé de WestSpiel. Deuxièmement, l'injection de capital aurait été, en tout état de cause, conforme au principe de l'investisseur en économie de marché, étant donné que le Land de Rhénanie-du-Nord - Westphalie, en procédant à l'injection au moyen de la participation tacite, aurait agi comme un investisseur privé dans des circonstances comparables. Dans ses observations sur la décision d'ouvrir la procédure, l'Allemagne aborde ces deux arguments et avance un certain nombre d'autres arguments.

(76) En ce qui concerne, en premier lieu, l'argument relatif à la restitution (partielle), l'Allemagne fait valoir en substance que les deux opérations (soit le prélèvement sur les bénéfices et l'injection de capital) doivent être considérées comme une opération unique (approche globale que l'Allemagne qualifie de «mesure» ou de «mesure complexe») et qu'elles ne peuvent être considérées séparément.

(77) Selon l'Allemagne, la restitution (partielle) ne peut être dissociée de la vente des deux œuvres d'art et, en particulier, ne saurait être dissociée du prélèvement sur les bénéfices en faveur de la Rhénanie-du-Nord - Westphalie, étant donné que: a) peu de temps s'est écoulé entre l'adoption des deux mesures et b) la vente des œuvres d'art n'a eu lieu que parce que les autorités concernées s'étaient engagées à rembourser (partiellement) les bénéfices prélevés sur la vente au moyen de l'injection de capital. La restitution (partielle) des fonds aurait été un volet d'une approche globale déjà convenue avant la vente des œuvres d'art. C'est ce qui ressortirait de documents internes et publics ([28]). Par conséquent, dans le cadre de cette «appréciation globale», l'injection de capital ne devrait pas être appréciée de manière isolée, mais en partant du principe qu'elle s'inscrit dans une mesure globale consistant en l'application du cadre fiscal à WestSpiel [notamment l'article 14 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version), à savoir le prélèvement sur les bénéfices tirés de la vente d'œuvres d'art] ([29]).

(78) En ce qui concerne, en deuxième lieu, le principe de l'investisseur en économie de marché, l'Allemagne estime, comme expliqué aux considérants 85 à 89 de la décision d'ouvrir la procédure, que, dans des circonstances similaires, l'injection de capital réalisée par la Rhénanie-du-Nord - Westphalie en 2015 aurait également été effectuée par un investisseur privé. L'Allemagne s'appuie ici sur une vision «à court terme» et une vision «à long terme». Dans une perspective à court terme, l'injection de capital de 64,8 millions d'euros en faveur de WestSpiel en 2015 aurait été conforme au marché en tant que mesure autonome ([30]). Dans une perspective à long terme, l'Allemagne fait valoir (en s'appuyant sur l'affaire EDF) ([31]) que les futures recettes fiscales plus élevées pourraient être prises en considération dans l'évaluation. En outre, l'injection de capital aurait été nécessaire pour rétablir la

([28]) Ainsi, par exemple, lors de l'assemblée des garants de NRW.BANK du 13 mars 2014, une clause de réserve explicite aurait été formulée, selon laquelle la vente des œuvres d'art n'est autorisée que si les fonds nécessaires peuvent être utilisés par WestSpiel, c'est-à-dire s'ils sont mis à sa disposition de manière permanente.

([29]) Et potentiellement, dans un contexte plus large, les articles 12 et 13 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version), c'est-à-dire les taxes sur le produit brut des jeux de WestSpiel (compte tenu du cadre fiscal général).

([30]) L'Allemagne explique que l'injection de capital et le prélèvement sur les bénéfices, considérés globalement, auraient conduit à un montant net de prélèvement de 17,2 millions d'euros, ce qui est supérieur à la valeur de 0 euro figurant dans le scénario contrefactuel (sans injection de capital). En d'autres termes, en prélevant 82 millions d'euros auprès de WestSpiel en 2014 [conformément à l'article 14 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version)] et en ne lui apportant que 64,8 millions d'euros en 2015, l'État aurait perçu au total 17,2 millions d'euros, soit plus que la somme de 0 euro indiquée dans le scénario contrefactuel. Selon l'Allemagne, les explications de la Commission formulées aux considérants 78 et suivants, ainsi qu'aux considérants 88 et suivants, de la décision d'ouvrir la procédure, selon lesquelles un tel «calcul net» ne serait pas admissible parce que le prélèvement sur les bénéfices prévu à l'article 14 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version) «fait partie intégrante du régime fiscal et réglementaire spécifique de la SpielbG NRW […], que l'État n'applique qu'à WestSpiel», ne sont pas conformes à la jurisprudence. Le seul fait qu'une obligation de paiement fasse «partie intégrante [d'un] régime fiscal et réglementaire spécifique» ne saurait conduire à apprécier cette obligation de paiement de manière isolée en la distinguant du complexe économique global «cession d'œuvres d'art, prélèvement sur les bénéfices et restitution». Ce point de vue serait confirmé par l'arrêt du Tribunal du 26 février 2019 dans l'affaire T-865/16 (ECLI:EU:T:2019:113).

([31]) Arrêt de la Cour du 5 juin 2012, Commission/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318.

rentabilité de WestSpiel et préserver ainsi la valeur des capitaux déjà investis dans l'entreprise. L'Allemagne explique notamment qu'il n'existait aucune autre approche que le modèle combinant la vente d'œuvres d'art/le prélèvement sur les bénéfices/l'injection de capital. La seule autre option aurait été de ne pas mettre ce modèle en œuvre et, partant, de perdre la valeur totale de la participation dans WestSpiel ainsi que la perspective de taxes futures. En particulier, la dissolution ou la liquidation de l'entreprise n'aurait pas été «*une option économiquement envisageable*». À l'appui de ce point de vue, l'Allemagne réitère les mêmes arguments que ceux formulés dans ses observations sur les scénarios contrefactuels relatifs aux versements annuels de compensation des pertes, à savoir que la dissolution ou la liquidation est un processus long, fastidieux et coûteux et qu'un grand nombre d'engagements aurait donné lieu à une valeur de liquidation négative de WestSpiel (voir les considérants 69 à 71).

(79) En troisième lieu, l'Allemagne explique que l'injection de capital n'a conféré aucun avantage à WestSpiel, compte tenu de son désavantage structurel (en raison, notamment, du prélèvement sur les bénéfices appliqué aux bénéfices tirés de la vente d'œuvres d'art). Le désavantage structurel de WestSpiel aurait résidé dans le fait que, conformément aux articles 12 à 14 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version), elle devait supporter une charge fiscale nettement plus élevée. Selon la jurisprudence, il n'y a pas d'avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, lorsqu'il n'est question que de la compensation d'un désavantage structurel ([32]). L'Allemagne ajoute qu'il découlerait de la jurisprudence qu'une compensation de charges supplémentaires résultant d'un régime dérogatoire qui ne s'applique pas aux entreprises concurrentes ne constitue pas une aide d'État s'il existe un lien indissociable entre la mesure compensatoire en cause et l'objectif qui lui est assigné, à savoir compenser les surcoûts dus aux problèmes structurels particuliers ([33]). Il s'agirait là d'une conséquence du principe selon lequel les subventions publiques ne constituent un avantage économique au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, que si l'entreprise est déchargée de coûts qui «normalement» grèvent le budget d'une entreprise ([34]). En effet, seul un allègement de tels coûts pourrait avoir pour effet de placer l'entreprise bénéficiaire dans une position concurrentielle plus favorable par rapport aux entreprises concurrentes. Dans le cas de WestSpiel, l'intervention de l'État aurait servi à maintenir les coûts de WestSpiel au niveau de ceux des concurrents. L'unique objectif de l'injection de capital au moyen de la participation tacite (comme expliqué au considérant 47) aurait donc été de compenser le désavantage structurel de WestSpiel.

(80) L'Allemagne fait valoir, en quatrième lieu, que le même résultat que celui obtenu par l'injection de capital aurait pu être réalisé simplement en modifiant la loi, c'est-à-dire en modifiant les dispositions fiscales applicables. En l'espèce, il aurait été loisible au législateur d'introduire une précision dans l'article 14 de la SpielbG NRW, selon laquelle ladite disposition ne s'applique qu'aux bénéfices générés par l'exploitation régulière des jeux de l'entreprise de casino, à savoir WestSpiel, et non aux autres recettes exceptionnelles. À cette fin, il aurait été suffisant, par exemple, d'insérer un nouveau paragraphe 4 libellé comme suit: «*En vertu de cette disposition, un prélèvement sur les bénéfices n'a lieu que dans la mesure où les excédents annuels déclarés proviennent de l'exploitation proprement dite des casinos. Les autres bénéfices sont assujettis au régime fiscal général.*» Dans ce cas, aucune restitution (partielle) n'aurait été nécessaire, car le mécanisme de prélèvement sur les bénéfices n'aurait pas été applicable aux recettes générées par la vente des œuvres d'art.

([32]) Arrêt du Tribunal du 14 juillet 2016, Allemagne/Commission, T-143/12, ECLI:EU:T:2016:406, points 143 et suivants; arrêt du Tribunal du 16 mars 2004, Danske Busvognmænd/Commission, T-157/01, ECLI:EU:T:2004:76, point 57; arrêt de la Cour du 23 mars 2006, Enirisorse, C-237/04, ECLI:EU:C:2006:197, points 42 à 48.

([33]) Arrêt de la Cour du 8 décembre 2011, France Télécom/Commission, C-81/10 P, ECLI:EU:C:2011:811, points 42 et suivants; arrêt du Tribunal du 30 novembre 2009, France/Commission, T-427/04 et T-17/05, ECLI:EU:T:2009:474, points 207 et suivants; arrêt de la Cour du 28 novembre 2008, Hotel Cipriani/Commission, affaires jointes T-254/00, T-270/00 et T-277/00, ECLI:EU:T:2008:537, points 185, 187 et 189; arrêt de la Cour du 9 juin 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» e.a./Commission, affaires jointes C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P, ECLI:EU:C:2011:368, points 89, 97 et 100.

([34]) Arrêt de la cour du 23 février 1961, De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Haute Autorité, C-30/59, ECLI:EU:C:1961:2, points 3 et 43; arrêt de la Cour du 15 mars 1994, Banco Exterior de España/Ayuntamiento de Valencia, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, points 12 et 13; arrêt de la Cour du 1er décembre 1998, Ecotrade/Altiforni e Ferriere di Servola, C-200/97, ECLI:EU:C:1998:579, point 34; arrêt de la Cour du 8 novembre 2001, Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598, point 3; arrêt de la Cour du 3 mars 2005, Heiser, C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, point 36; arrêt de la Cour du 30 juin 2016, Belgique/Commission, C-270/15 P, ECLI:EU:C:2016:489, points 34 à 36.

(81) L'Allemagne soutient, en cinquième lieu, que le Land de Rhénanie-du-Nord - Westphalie, puis l'assemblée des garants de NRW.BANK, ont décidé, le 8 mai 2018, de céder toutes les parts sociales (100 %) détenues par NRW.BANK dans WestSpiel. Après la cession, la participation tacite que détenait NRW.BANK, à titre fiduciaire pour la Rhénanie-du-Nord - Westphalie, devait être restituée et donc résiliée, ce qui signifie qu'après la cession, la valeur comptable de l'apport de la Rhénanie-du-Nord - Westphalie devait être remboursée à cette dernière ([35]). L'Allemagne a estimé que la restitution de la participation tacite par WestSpiel équivalait à un remboursement substantiel de l'aide d'État (présumée). En ce sens, la vente de WestSpiel aurait démontré que l'injection de capital effectuée en 2015 correspondait au comportement d'un investisseur privé et ne contenait pas d'aide (notamment pour cette raison). La décision d'injecter du capital en 2015 aurait été économiquement judicieuse, car la Rhénanie-du-Nord - Westphalie s'attendait non seulement à récupérer la valeur comptable de sa participation tacite lors de la privatisation, mais également à réaliser un bénéfice lors de la cession des parts sociales par NRW.BANK. Dans ce contexte, l'Allemagne a informé la Commission, par lettre du 8 septembre 2021, que la deuxième et dernière tranche de la participation tacite, d'un montant de 11 516 909 EUR (voir le considérant 90 pour la première tranche), avait été remboursée par WestSpiel (sur ses propres liquidités) le 26 juillet 2021 ([36]).

(82) En ce qui concerne le caractère d'aide d'État, l'Allemagne soutient que l'injection de capital ne comporte pas de ressources d'État, étant donné que le capital provenait de la vente des œuvres d'art détenues par WestSpiel. L'Allemagne explique qu'aucune entreprise commerciale n'aurait procédé à une telle vente sans pouvoir partir du principe que les recettes tirées de la vente ou, en tout état de cause, une grande partie de celles-ci lui reviendraient. Dans ce contexte, une considération purement formelle, selon laquelle les fonds provenant de la vente d'œuvres d'art doivent être publics au seul motif qu'ils ont, pendant une «seconde juridique», été versés à l'État, semble artificielle et inappropriée. Au contraire, l'Allemagne fait valoir que les fonds pour la restitution (partielle) du capital sous la forme d'une participation tacite provenaient des recettes de la vente de deux œuvres d'art appartenant à WestSpiel et qu'ils n'auraient pas été disponibles si WestSpiel n'avait pas décidé de vendre ces deux œuvres. En outre, WestSpiel n'aurait décidé de procéder à la vente que parce que les autorités concernées s'étaient engagées à réinvestir (en partie) les bénéfices prélevés sur les recettes de la vente dans WestSpiel.

4.3. **Autres arguments**

(83) En ce qui concerne tant le versement annuel d'une compensation des pertes que l'injection de capital, l'Allemagne estime que, compte tenu de la situation de monopole de WestSpiel en Rhénanie-du-Nord - Westphalie, les mesures en cause n'ont pas pu avoir pour effet de fausser la concurrence ou d'affecter les échanges entre États membres. En particulier, au cours de la période considérée (de 2009 à 2015), le marché des casinos aurait été soustrait à la

([35]) Comme expliqué au considérant 30, WestSpiel a été vendue entretemps (en septembre 2021).

([36]) Dans sa réponse du 4 avril 2022, l'Allemagne a expliqué comment le montant de ces deux tranches avait été déterminé:
- La participation tacite aurait été dissoute par la signature du contrat de dissolution le 4 janvier 2021, avec effet au 8 janvier 2021.
- Conformément aux points 12.1 à 12.3 du contrat de société relatif à une société en participation, l'actionnaire tacite a droit à une indemnité en cas de dissolution consensuelle de la société en participation ou dans tous les cas où l'actionnaire tacite met fin à la société.
- En vertu du point 12.2, première et deuxième phrases, et du point 12.3, première phrase, du contrat de société relatif à une société en participation, le montant total de l'indemnité correspond à la valeur comptable de la participation tacite au 31 décembre 2020. Conformément au contrat de dissolution, la valeur comptable au 31 décembre 2020 a été calculée à partir du solde du compte d'apport, du compte de prêt et du compte de pertes de la société en participation, tels qu'ils apparaissent dans les comptes annuels vérifiés et certifiés de la société au 31 décembre 2020. En conséquence, la participation tacite a encore été associée au résultat de l'exercice 2020.
- Étant donné que les comptes annuels certifiés pour l'exercice 2020 n'étaient pas encore disponibles au moment de la signature du contrat de dissolution en janvier 2021 et que, par conséquent, le montant de l'indemnité ne pouvait pas encore être fixé de manière certaine et définitivement contraignante, les deux parties sont convenues dans le contrat de dissolution d'un remboursement en deux tranches.
- La première tranche a été fixée à 35 millions d'euros, ce qui, sur la base de l'estimation provisoire du résultat annuel pour l'exercice 2020, qui, selon l'Allemagne, restait incertain, a permis d'éviter avec une quasi-certitude un paiement trop élevé.
- La seconde et dernière tranche a été fixée comme équivalant à la différence entre la valeur comptable de la participation tacite figurant dans les comptes annuels au 31 décembre 2020, qui ont fait l'objet d'un audit le 20 avril 2021, et la première tranche de 35 millions d'euros. La valeur comptable de la participation tacite figurant dans les comptes audités au 31 décembre 2020 s'élevant finalement à 46 516 909 EUR, la seconde tranche était de 11 516 909 EUR.

concurrence en vertu des articles 1er et 3 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version). Selon l'Allemagne, malgré les déclarations figurant dans le rapport d'activité 2014 de WestSpiel (considérant 57 de la décision d'ouvrir la procédure) ([37]), il ne peut être soutenu que WestSpiel opère sur le même marché, au sens du droit de la concurrence de l'Union, que les fournisseurs de jeux en ligne opérant jusqu'à présent illégalement en Allemagne. D'un point de vue procédural, la question de savoir si les mesures comportent ou non des aides d'État pourrait, en tout état de cause, être laissée en suspens sur la base de la pratique décisionnelle de la Commission ([38]).

(84) En ce qui concerne la libéralisation du marché des jeux de hasard, une première base possible de compatibilité serait l'article 107, paragraphe 3, point c), du TFUE. L'Allemagne explique que la Commission a considéré que les privatisations constituaient un objectif d'intérêt commun ([39]) et que l'article 107, paragraphe 3, point c), du TFUE était respecté dès lors que les mesures étaient nécessaires à la privatisation de l'entreprise publique et ne faisaient que couvrir le désavantage concurrentiel de l'entreprise publique par rapport à ses concurrents ([40]). Selon l'Allemagne, les exigences découlant de la pratique décisionnelle de la Commission sont remplies en l'espèce. Ainsi, a) l'objectif d'intérêt commun consisterait en l'ouverture du marché du secteur ([41]), b) les mesures seraient nécessaires pour atteindre cet objectif ([42]) et c) les mesures seraient également proportionnées ([43]).

(85) À titre subsidiaire, l'Allemagne estime que les lignes directrices concernant les aides au sauvetage et à la restructuration peuvent constituer une base pertinente pour la compatibilité avec le marché intérieur. Ainsi, l'Allemagne fait valoir que, bien que WestSpiel n'était pas une entreprise en difficulté au moment de l'octroi des mesures présumées, elle le deviendrait si la Commission devait ordonner la récupération de la ou des mesures d'aide et pourrait alors bénéficier d'aides au sauvetage et à la restructuration ([44]).

5. OBSERVATIONS PRÉSENTÉES PAR WESTSPIEL ET LES PLAIGNANTS

(86) Après l'expiration du délai fixé pour présenter des observations sur la décision d'ouvrir la procédure, la Commission a reçu des observations tant de WestSpiel que des plaignants. Par souci d'exhaustivité, elles sont résumées ci-après.

([37]) «*[…] Comme l'ont souligné les plaignants, il ressort des données figurant dans les comptes annuels de WestSpiel pour l'exercice 2014 que WestSpiel considère elle-même la concurrence avec les exploitants commerciaux de salles de jeux et les jeux de hasard en ligne comme l'une des principales causes des pertes accumulées cette année-là.*»

([38]) Voir, par exemple, les considérants 487 et 583 ainsi que l'article 2, paragraphe 2, de la décision C(2014) 6849 final de la Commission du 1er octobre 2014 dans l'affaire SA.14093 — Mesures mises à exécution par la Belgique en faveur de Brussels South Charleroi Airport et Ryanair (JO L 325 du 30.11.2016, p. 63), les considérants 190, 191 et 257 ainsi que l'article 2, paragraphe 2, de la décision C(2014) 5084 final de la Commission du 23 juillet 2014 dans les affaires SA.19880 et SA.32576 — Flughafen Niederrhein/Weeze et Flughafen Niederrhein GmbH (JO L 269 du 15.10.2015, p. 1), le considérant 120 de la décision 2009/613/CE de la Commission du 8 avril 2009 concernant les mesures mises en œuvre par le Royaume-Uni en faveur de Royal Mail (JO L 210 du 14.8.2009, p. 16), le considérant 139 ainsi que l'article 1er de la décision C(2019) 6836 final de la Commission du 20 septembre 2019 dans l'affaire SA.34402 concernant la mesure mise en œuvre par l'Allemagne en faveur de Hochschul-Informations-System GmbH (JO L 74 du 11.3.2020, p. 22) et, en ce qui concerne spécifiquement les privatisations, le considérant 102 de la décision 2008/722/CE de la Commission du 10 mai 2007 concernant l'aide d'État que la Grèce envisage d'accorder au régime de préretraite volontaire de l'OTE (JO L 243 du 11.9.2008, p. 7).

([39]) Voir le considérant 307 de la décision 2008/765/CE de la Commission du 11 décembre 2007 concernant l'aide nº C 7/06 (ex NN 83/05) mise en œuvre par la Finlande pour Tieliikelaitos/Destia (JO L 270 du 10.10.2008, p. 1).

([40]) Voir le considérant 157 de la décision C(2012) 1834 final de la Commission du 21 mars 2012 concernant la mesure SA.31479 (2011/C) (ex 2011/N) que le Royaume-Uni souhaite mettre en œuvre en faveur de Royal Mail Group (JO L 279 du 12.10.2012, p. 40).

([41]) Selon l'Allemagne, les mesures contribuent à la réalisation d'un objectif d'intérêt commun, à savoir la privatisation et, partant, l'ouverture du marché du secteur des casinos en Rhénanie-du-Nord - Westphalie.

([42]) Les démarches entreprises en l'espèce, à savoir l'injection de capital pour compenser le désavantage structurel, constitueraient des étapes importantes en vue de l'adaptation de l'entreprise à la libéralisation progressive du secteur des casinos en Rhénanie-du-Nord - Westphalie. Grâce à ces mesures, les investisseurs privés s'intéresseraient à l'acquisition de WestSpiel, ce qui conduirait à sa privatisation. Les mesures seraient donc nécessaires à la privatisation de WestSpiel et à l'ouverture du marché dans le secteur des casinos.

([43]) Les mesures auraient exclusivement visé à compenser le désavantage concurrentiel de l'entreprise publique par rapport à ses concurrents. L'Allemagne a expliqué que la charge fiscale pesant sur WestSpiel se distinguait considérablement de celle pesant sur des entreprises privées du secteur des jeux de hasard en général et que les mesures en cause n'avaient donné lieu à aucune «surcompensation». Une comparaison de la charge fiscale montrerait qu'au cours de la période en cause, depuis 2006, elle a été nettement plus élevée pour WestSpiel que ce n'aurait été le cas dans le cadre de l'imposition normale des entreprises, et ce pendant 13 des 14 années concernées. Rien qu'entre 2009 et 2013, la Rhénanie-du-Nord - Westphalie aurait pu percevoir 253,2 millions d'euros au titre des taxes prévues aux articles 12 à 14 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version). En l'absence d'intervention de l'État, l'entreprise n'aurait pas été en mesure d'affronter la concurrence par ses propres moyens.

([44]) L'Allemagne explique que la Commission a autorisé des aides dans des cas similaires, par exemple par la décision 2005/345/CE de la Commission du 18 février 2004 relative à une aide à la restructuration accordée par l'Allemagne à Bankgesellschaft Berlin AG (JO L 116 du 4.5.2005, p. 1).

5.1. **Observations présentées par WestSpiel**

5.1.1. *Versement annuel présumé d'une compensation des pertes*

(87) En ce qui concerne le versement annuel présumé d'une compensation des pertes de WestSpiel par NRW.BANK, WestSpiel soutient que cette compensation n'a pas été supérieure à la part normale des pertes qu'un commanditaire d'une société en commandite enregistrant des pertes doit supporter. En particulier, cette compensation n'impliquerait aucun apport de capital nouveau. Il n'y aurait pas non plus de mesure imputable à l'État, puisque l'utilisation du capital en cas de pertes de la société en commandite est automatique, c'est-à-dire qu'elle s'effectue indépendamment de toute décision du commanditaire.

5.1.2. *Injection de capital présumée effectuée en 2015*

(88) En ce qui concerne l'injection de capital effectuée en 2015, WestSpiel affirme qu'elle n'a pas reçu de capital nouveau de la part de son actionnaire. Au contraire, elle aurait vendu, en concertation avec ce dernier, ses propres actifs (à savoir deux tableaux d'Andy Warhol) afin de disposer de liquidités suffisantes pour procéder à la restructuration nécessaire.

(89) WestSpiel fait valoir que bien que même si, compte tenu du prélèvement sur les bénéfices de 75 % prévu à l'article 14, paragraphe 1, de la SpielbG NRW (dans son ancienne version), les recettes de la vente des deux tableaux devaient d'abord être reversées à la Rhénanie-du-Nord - Westphalie, il ne s'agissait pas d'une mesure autonome. Au contraire, ce transfert n'aurait été qu'une étape intermédiaire d'une opération en plusieurs étapes, qui aurait été conçue dès le départ et aurait eu pour objectif de restituer les recettes de la vente à WestSpiel. Ces fonds auraient été nécessaires à la restructuration de WestSpiel au moyen d'un apport tacite de NRW.BANK dans le capital social de WestSpiel. En l'absence de certitude que les recettes de la vente seraient (en partie) restituées à WestSpiel, sa direction n'aurait jamais consenti à la vente des tableaux, car elle se serait révélée extrêmement préjudiciable pour la société.

(90) WestSpiel explique par ailleurs que la participation tacite dans WestSpiel a été dissoute dans le cadre de la restructuration interne du groupe du 13 janvier 2021 (voir le considérant 29). Le 19 janvier 2021, WestSpiel aurait remboursé une première tranche de 35 millions d'euros (sur ses propres liquidités). Le montant restant aurait été remboursé, après confirmation des comptes annuels de WestSpiel, au deuxième trimestre 2021, sous la forme d'une seconde et dernière tranche (voir le considérant 81, sixième phrase).

5.2. **Observations présentées par les plaignants**

5.2.1. *Versement annuel présumé d'une compensation des pertes*

(91) Les plaignants ne se sont pas prononcés sur le versement annuel présumé d'une compensation des pertes, mais ont simplement demandé que l'Allemagne soit tenue de veiller à ce que WestSpiel rembourse le montant des versements annuels présumés effectués en compensation des pertes depuis 2009.

5.2.2. *Injection de capital présumée effectuée en 2015*

(92) En ce qui concerne l'injection présumée d'un capital en 2015, les plaignants maintiennent (et précisent) leur point de vue (également défendu dans les affaires SA.44944 et SA.53552) selon lequel le prélèvement sur les bénéfices prévu à l'article 14 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version) n'est en fait pas une taxe, mais une distribution de bénéfices à la Rhénanie-du-Nord - Westphalie en sa qualité de fiduciaire à l'origine de la participation tacite de NRW.BANK dans WestSpiel.

(93) Les plaignants expliquent que, contrairement aux conclusions de la Commission formulées aux considérants 83 et 84 de la décision d'ouvrir la procédure, la qualification d'un prélèvement en tant que taxe dans le cadre de l'application des règles de l'Union en matière d'aides d'État relève toujours du droit de l'État membre pertinent. En d'autres termes, une mesure examinée au regard des règles de l'Union en matière d'aides d'État ne constituerait une taxe que si le droit national la qualifie comme telle. Les plaignants ajoutent qu'il n'est toutefois nullement nécessaire de qualifier de taxe le mécanisme de prélèvement sur les bénéfices prévu à l'article 14 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version) pour parvenir à la conclusion que l'injection de capital faisant l'objet de la plainte constitue une aide d'État illégale. En effet, même si le prélèvement sur les bénéfices n'était pas considéré comme une taxe, mais comme une distribution de bénéfices à l'actionnaire (indirect), le caractère d'aide de l'injection de capital serait étayé, pour les raisons exposées par la Commission aux considérants 90 à 93 de la décision d'ouvrir la procédure, par sa non-conformité au principe de l'investisseur en économie de marché.

6. APPRÉCIATION DES MESURES

6.1. Existence d'une aide

(94) Aux termes de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

(95) Une mesure est considérée comme une aide d'État si toutes les conditions suivantes sont remplies: a) la mesure est imputable à l'État membre et est financée au moyen de ressources d'État; b) la mesure procure un avantage économique sélectif à certaines entreprises ou certaines productions, c) la mesure fausse ou menace de fausser la concurrence et d) la mesure affecte les échanges à l'intérieur de l'Union européenne.

(96) Dans les sections suivantes, la Commission appréciera, pour chacune des deux mesures contestées, les critères d'existence d'une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

6.1.1. *Versement annuel présumé d'une compensation des pertes entre 2009 et 2015*

(97) En ce qui concerne la mesure de compensation des pertes, la question centrale consiste à savoir si le versement annuel d'une compensation des pertes a conféré un avantage à WestSpiel. La Commission considère que le versement annuel d'une compensation des pertes n'a pas conféré d'avantage à WestSpiel et que, par conséquent, en raison de la nature cumulative des critères d'aide énoncés à l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, l'existence d'une aide peut être exclue sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres critères.

(98) Au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, un avantage est un avantage économique qu'une entreprise n'aurait pu obtenir dans les conditions normales du marché, c'est-à-dire en l'absence d'intervention de l'État ([45]). Seul l'effet de la mesure sur l'entreprise est pertinent, et non la raison ni l'objectif de l'intervention de l'État ([46]). Un avantage existe dès lors que la situation financière d'une entreprise est améliorée du fait d'une intervention de l'État réalisée à des conditions autres que les conditions normales du marché ([47]). Pour apprécier cela, il convient de comparer la situation financière de l'entreprise après l'introduction de la mesure avec sa situation financière si cette mesure n'avait pas été prise ([48]). Étant donné que seuls les effets de la mesure sur l'entreprise sont pris en considération, il n'est pas utile de savoir si l'avantage est obligatoire pour l'entreprise en raison du fait qu'elle ne pourrait l'éviter ou le refuser ([49]).

(99) La Commission estime que le versement annuel d'une compensation des pertes n'a pas conféré d'avantage à WestSpiel, pour deux raisons: WestSpiel n'a fait qu'utiliser des fonds propres en s'acquittant de l'obligation qui lui incombe en vertu du droit allemand des sociétés (voir la section 6.1.1.1) et un investisseur privé comparable aurait agi de la même manière, raison pour laquelle la mesure a été accordée dans les conditions normales du marché (voir la section 6.1.1.2).

6.1.1.1. Utilisation automatique du capital

(100) Au considérant 62 de la décision d'ouvrir la procédure, la Commission n'est pas parvenue à une conclusion définitive sur la question de savoir si NRW.BANK et la Rhénanie-du-Nord - Westphalie avaient effectivement supporté les pertes (ou une partie des pertes) de WestSpiel ou si elles avaient décidé de mettre ou non à disposition le capital nécessaire à la couverture des pertes. À l'époque (voir les considérants 63 à 65 de la décision d'ouvrir la procédure), la Commission a estimé que le compte de capital de NRW.BANK avait été débité des pertes de WestSpiel, de sorte que des fonds avaient été transférés d'un compte de capital de NRW.BANK à WestSpiel et que la mesure constituait à première vue un avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE. Elle a toutefois invité l'Allemagne à fournir des précisions supplémentaires afin d'évaluer les effets de la mesure au regard des règles en matière d'aides d'État.

([45]) Arrêt de la Cour du 11 juillet 1996, SFEI e.a., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, point 60; arrêt de la Cour du 29 avril 1999, Espagne/Commission, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, point 41.

([46]) Arrêt de la Cour du 2 juillet 1974, Italie/Commission, C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, point 13.

([47]) La notion d'«intervention de l'État» ne renvoie pas exclusivement aux actions positives de l'État, mais couvre aussi le fait que les autorités s'abstiennent de prendre des mesures dans certaines circonstances, par exemple pour le recouvrement de dettes. Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 12 octobre 2000, Espagne/Commission, C-480/98, ECLI:EU:C:2000:559, points 19 et 20.

([48]) Arrêt de la Cour du 2 juillet 1974, Italie/Commission, C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, point 13.

([49]) Voir le considérant 69 de la décision 2004/339/CE de la Commission du 15 octobre 2003 sur les mesures (mises à exécution par l'Italie) en faveur de la RAI SpA (JO L 119 du 23.4.2004, p. 1); conclusions de l'avocat général Fennelly du 26 novembre 1998, France/Commission, C-251/97, ECLI:EU:C:1998:572, point 26.

(101) Comme décrit aux considérants 63 à 67, l'Allemagne fait valoir, dans ses observations sur la décision d'ouvrir la procédure, que WestSpiel n'a jamais reçu de NRW.BANK, sa commanditaire unique, une compensation directe de ses pertes, mais qu'elle n'a fait qu'utiliser les capitaux propres (injectés en 1978 et 2002) pour compenser les pertes accumulées, c'est-à-dire qu'il n'y a donc jamais eu de paiements directs de la part de NRW.BANK. Au lieu de cela, l'Allemagne renvoie au mécanisme de compensation des pertes prévu par le droit allemand des sociétés, par lequel les pertes sont automatiquement déduites du compte de capital de la société en commandite.

(102) À la lumière de ce qui précède, la Commission considère que le versement annuel d'une compensation des pertes n'a pas conféré d'avantage à WestSpiel, étant donné qu'il n'impliquait pas de transfert de fonds provenant de l'extérieur de l'entreprise et qu'il reposait sur un automatisme purement juridique, à savoir la compensation des pertes de WestSpiel par l'utilisation de capitaux propres conformément à une obligation prévue par le droit allemand des sociétés.

(103) En effet, le versement annuel d'une compensation des pertes reposait uniquement sur l'obligation prévue à l'article 161, paragraphe 2, lu en combinaison avec l'article 120 du HGB (dans son ancienne version), d'amortir les pertes imputables à l'actionnaire concerné sur sa part de capital en cas de pertes dans le bilan d'une société en commandite. Par conséquent, la part des pertes de NRW.BANK, en tant que commanditaire unique de WestSpiel, a été amortie sur les capitaux propres existants de la société et n'a pas nécessité d'apport extérieur de capitaux nouveaux. En raison de cet automatisme purement juridique, l'État n'a pas non plus participé à l'opération, et aucune décision active n'a été prise quant au versement annuel d'une compensation des pertes.

(104) Par conséquent, contrairement à ce qu'a constaté la Commission au considérant 63 de la décision d'ouvrir la procédure, aucun transfert de fonds d'un compte de capital de NRW.BANK vers WestSpiel n'a eu lieu; en effet, conformément au mécanisme de compensation prévu par le HGB, les pertes de WestSpiel étaient immédiatement compensées à la fin de chaque exercice au moyen des capitaux propres de la société (initialement apportés par NRW.BANK en tant que commanditaire unique de WestSpiel), de sorte que l'opération s'effectuait exclusivement en interne sur les propres comptes de capital de WestSpiel. WestSpiel n'a donc reçu aucun paiement extérieur à la société et sa situation économique n'a donc pas été améliorée par le mécanisme de compensation des pertes.

6.1.1.2. Comportement d'un investisseur privé comparable

(105) Ensuite, la Commission révise son point de vue exposé au considérant 64 de la décision d'ouvrir la procédure, selon lequel le simple fait que NRW.BANK ait accepté de supporter d'autres pertes malgré les pertes répétées de WestSpiel au cours des années précédentes, sans examiner au préalable si elle devait maintenir ou dissoudre sa participation dans WestSpiel afin de préserver la valeur du capital restant, pourrait avoir constitué en soi un avantage indu, étant donné qu'il n'y a pas lieu de supposer qu'un investisseur privé aurait agi de la même manière dans des circonstances comparables. Comme expliqué au considérant 68, l'Allemagne estime que ces doutes ne sont pas justifiés. Afin de démontrer qu'un investisseur privé aurait tout de même agi de la même manière, l'Allemagne décrit deux scénarios différents pour une action de NRW.BANK (liquidation et vente de WestSpiel).

(106) Sur la base des informations complémentaires fournies par l'Allemagne et à la lumière de l'appréciation qui suit, la Commission considère que, dans des circonstances comparables, un investisseur privé n'aurait pas choisi l'un des autres scénarios, à savoir la liquidation ou la vente de WestSpiel (scénario contrefactuel), plutôt que le versement annuel d'une compensation des pertes (scénario factuel), la compensation des pertes étant le scénario le plus raisonnable. WestSpiel aurait bénéficié du même avantage économique dans les conditions normales du marché et, outre les raisons exposées à la section i), le versement annuel d'une compensation des pertes n'a procuré aucun avantage à WestSpiel.

— *Évaluation des scénarios contrefactuels (dissolution et vente)*

— *Scénario 1: liquidation de WestSpiel*

(107) Dans ses observations sur la décision d'ouvrir la procédure, l'Allemagne explique que NRW.BANK n'aurait pas pu récupérer la valeur de son apport initial en capital dans WestSpiel au cours de la période 2009-2015 par la dissolution et la liquidation de la société (voir les considérants 69 à 71), étant donné que la valeur de liquidation de WestSpiel aurait été nettement négative après la dissolution et la liquidation, conformément aux articles 143 et suivants du HGB et aux articles 730 et suivants du BGB.

(108) La Commission partage l'avis de l'Allemagne dans la mesure où la dissolution et la liquidation de WestSpiel n'auraient pas constitué une solution économiquement viable se substituant au versement annuel d'une compensation des pertes, étant donné que les considérations qui suivent montrent effectivement que la valeur de liquidation de WestSpiel aurait été négative.

— *Valeur de liquidation selon la description de la procédure par l'Allemagne*

(109) En décrivant le système théorique et la procédure de dissolution et de liquidation de WestSpiel, l'Allemagne explique de manière détaillée et compréhensible pourquoi le capital nécessaire au désintéressement des créanciers en vertu de l'article 148, paragraphe 5, première phrase, du HGB aurait été supérieur au capital disponible de WestSpiel. La Commission déduit de cette description qu'il aurait fallu tenir compte de l'acquittement des engagements envers des tiers, y compris les engagements importants en matière de retraites, les frais de résiliation des contrats (par exemple, les contrats de travail et les contrats de location) et de la liquidation d'actifs immobilisés ou d'actifs circulants, qui auraient entraîné des réductions significatives des valeurs comptables de WestSpiel.

(110) La Commission confirme l'argument avancé par l'Allemagne, selon lequel l'apport de NRW.BANK aurait également été nécessairement concerné, car il n'aurait subsisté une plus-value pour NRW.BANK qu'en cas de solde positif (voir l'article 171, paragraphe 1, lu en combinaison avec l'article 167, paragraphe 3, l'article 149, première phrase, et l'article 161, paragraphe 2, du HGB) (voir le considérant 70). La Commission précise que, conformément aux dispositions combinées de l'article 171, paragraphe 1, et de l'article 167, paragraphe 3, du HGB (dans son ancienne version), le commanditaire est directement responsable à l'égard des créanciers de la société, mais que cette responsabilité est limitée au montant de sa part de capital ou de son apport encore impayé (montant de la responsabilité). Cette responsabilité limitée s'applique également dans le cadre de la procédure de liquidation. En vertu de l'article 148, paragraphe 5, première phrase, du HGB, les créanciers de la société doivent d'abord être désintéressés sur les actifs de la société. La part restante de l'apport en capital du commanditaire, c'est-à-dire de NRW.BANK, d'un montant de 35,5 millions d'euros (voir le considérant 28), ferait partie de ce capital qui serait utilisé pour s'acquitter des engagements de la société. Par conséquent, dans l'hypothèse d'un solde négatif au sens de l'article 149, première phrase, du HGB, c'est-à-dire lorsque les dettes excèdent le capital de la société, l'apport en capital restant de NRW.BANK aurait été entièrement utilisé pour le règlement des dettes au moment où la dissolution et la liquidation de WestSpiel auraient été initiées. La responsabilité du commanditaire, même en cas de dissolution et de liquidation de la société, repose sur le principe de la protection des créanciers, qui prévaut en principe dans le droit allemand des sociétés.

(111) La Commission note que l'Allemagne a fourni une analyse détaillée du scénario de dissolution et de liquidation de WestSpiel, sans toutefois apporter d'éléments de preuve solides à l'appui de l'affirmation selon laquelle la valeur de liquidation aurait été négative, tels que des preuves chiffrées des différentes dettes de WestSpiel envers des tiers. L'Allemagne se contente de mentionner des «calculs approximatifs» qui n'ont pas été présentés à la Commission.

— *Valeur de liquidation selon les comptes annuels de WestSpiel*

(112) L'argument avancé par l'Allemagne pour rejeter le scénario de la liquidation («la valeur de liquidation de WestSpiel aurait été négative») est en tout état de cause confirmé par les comptes annuels et les rapports d'audit établis par [un autre cabinet d'audit renommé] (comptes consolidés et rapports de gestion consolidés de WestSpiel) (ci-après les «rapports [XY]»).

(113) En particulier, le ratio dette/capital présenté dans ces documents aurait conduit à une valeur de liquidation négative de WestSpiel au cours de la période 2009-2015: selon les comptes annuels de l'exercice 2009, le montant total des dettes de WestSpiel s'élevait à 25,3 millions d'euros et le capital social à 27,9 millions d'euros. À partir de l'exercice 2010, le montant des dettes (22,7 millions d'euros) a dépassé le capital de WestSpiel (22,1 millions d'euros), et cette situation s'est maintenue au cours des années suivantes jusqu'en 2015. Par conséquent, à ce moment-là, après désintéressement de ses créanciers conformément à l'article 148, paragraphe 5, première phrase, du HGB, WestSpiel aurait effectivement réalisé une valeur de liquidation négative en réglant les dettes au moyen de son capital, comme l'a fait valoir l'Allemagne.

(114) Compte tenu de l'appréciation qui précède et de la situation décrite par l'Allemagne (voir les considérants 69 à 71), la Commission considère que la dissolution et la liquidation de WestSpiel au moment du versement annuel d'une compensation des pertes n'auraient pas constitué une solution économiquement viable.

— *Scénario 2: vente de WestSpiel*

(115) Dans ses observations sur la décision d'ouvrir la procédure, l'Allemagne explique que NRW.BANK n'aurait pu éviter les charges résultant des pertes de WestSpiel que par une vente (voir les considérants 72 à 74). Selon l'Allemagne, une vente avant 2015 n'aurait pas permis à l'Allemagne d'obtenir un prix satisfaisant et aurait donc entraîné des pertes plus élevées. À titre de preuve, l'Allemagne renvoie à la page 101 de l'expertise [IBR], dans laquelle il est indiqué que, même avec l'injection de capital prévue à l'époque sous la forme d'une participation tacite, le solde de paiement de WestSpiel n'aurait été positif qu'à partir des années 2021 à 2023. Comme expliqué au considérant 30, WestSpiel a finalement été vendue au groupe Gauselmann en septembre 2021 pour un prix de 141,8 millions d'euros.

(116) Pour les raisons exposées ci-après, la Commission considère qu'une vente de WestSpiel au cours de la période pendant laquelle NRW.BANK a décidé de continuer à compenser les pertes de WestSpiel n'aurait pas non plus été envisagée par un investisseur privé comparable.

— *Évaluation de la situation financière générale de WestSpiel entre 2009 et 2015*

(117) Comme pour le premier scénario (voir les considérants 112 à 114), la Commission a examiné les éléments de preuve présentés par l'Allemagne, qui reposent sur les comptes annuels de WestSpiel et les rapports [XY] pour les années 2009 à 2015, et constate que les chiffres commerciaux confirment qu'une vente de WestSpiel au cours de la période mentionnée n'aurait pas été raisonnable.

(118) En ce qui concerne le premier scénario (liquidation), la Commission a limité son examen des comptes annuels et des rapports [XY] au rapport entre le capital de WestSpiel et ses dettes contractées envers des tiers. En ce qui concerne le deuxième scénario (vente), la Commission estime nécessaire d'examiner en outre la situation économique générale de WestSpiel au cours des différentes années, ainsi que l'évaluation des conseillers E&Y portant sur l'évolution future de la rentabilité de WestSpiel, afin de pouvoir déterminer si une vente aurait été raisonnable.

(119) Concernant la situation de WestSpiel au cours de la période 2009-2015, la Commission déduit des comptes annuels disponibles et des rapports [XY] ce qui suit:

— selon les rapports [XY], WestSpiel avait déjà enregistré une baisse de son produit brut des jeux en 2009, qui serait due aux modifications de la législation nationale liées à la politique antitabac en vigueur en Rhénanie-du-Nord - Westphalie depuis 2007 et à des contrôles plus stricts à l'entrée des casinos, ainsi qu'au développement des jeux commerciaux et des offres illégales de jeux de hasard sur l'internet et au nouveau régime de prélèvement pour les casinos en Rhénanie-du-Nord - Westphalie applicable depuis le 1er janvier 2008. Pour l'année 2009, WestSpiel a enregistré un déficit annuel de 7,9 millions d'euros. À l'époque, le produit brut des jeux des casinos de WestSpiel était encore soumis à une taxe de 50 % sur les casinos ([50]). Il ressort du rapport [XY] que la direction de WestSpiel et, partant, NRW.BANK, en tant que commanditaire unique, étaient conscientes de cette situation et des risques pour la poursuite des activités de la société. Dès lors, la direction de WestSpiel aurait pris plusieurs mesures préventives, parmi lesquelles le lancement d'un processus de restructuration et la demande de réduction de la taxe sur les casinos pour certains sites de casinos,

— en 2010, la situation a évolué de la même manière qu'en 2009 et des mesures supplémentaires ont été prises pour réduire les coûts, telles qu'une adaptation des produits et des offres. Pour l'année 2012, un déficit annuel de 12 millions d'euros était prévu (un montant presque deux fois plus élevé que le déficit annuel de 5,8 millions d'euros enregistré en 2010),

([50]) Voir l'article 12 de la SpielbG NRW, introduit par la loi du Land de Rhénanie-du-Nord - Westphalie du 30 octobre 2007 relative au traité d'État sur les jeux de hasard en Allemagne; GV. NRW. Édition 2007 nº 24 du 14.11.2007, p. 441 à 460 | RECHT.NRW.DE.

— pour l'année 2011, le rapport [XY] constate une légère amélioration de la situation de WestSpiel, le déficit annuel étant plus faible (3,5 millions d'euros),

— en 2012, le déficit annuel a augmenté pour atteindre 10,3 millions d'euros, tandis que le produit brut des jeux de WestSpiel continuait de diminuer. Néanmoins, grâce aux résultats positifs du casino de Duisbourg, le rapport [XY] constate que les comptes annuels de l'exercice sont proches de l'équilibre. Cependant, pour l'année 2013, la direction s'attendait à ce que des charges massives pèsent sur la liquidité de WestSpiel,

— à partir de 2012, le nouveau régime de prélèvement s'appliquait au produit brut des jeux, avec un taux d'imposition plus faible de 30 % pour les casinos, comme indiqué aux considérants 32 et 33 ([51]). En 2013, WestSpiel a encore enregistré un déficit annuel de 8,96 millions d'euros, ce qui a amené la direction à planifier une nouvelle restructuration afin de garantir la disponibilité de liquidités jusqu'en 2022; cela comprenait la vente d'œuvres d'art et l'injection de capital après le prélèvement sur les bénéfices, comme décrit aux considérants 46 et 47. Le rapport [XY] prévoit un bénéfice net de 4,4 millions d'euros pour l'année 2014 à la suite de la restructuration,

— selon le rapport [XY] 2014, WestSpiel a réalisé un résultat positif, sous la forme d'un bénéfice net de 3,3 millions d'euros, à la suite de la mise en œuvre des mesures de restructuration, qui a été suivi d'un déficit annuel de moins de 1 million d'euros en 2015.

(120) Par conséquent, les documents dont dispose la Commission confirment l'argument de l'Allemagne selon lequel, compte tenu de ses déficits annuels persistants et des défis juridiques persistants au niveau national, WestSpiel n'aurait jamais constitué un investissement attrayant pour un acheteur théorique au cours de la période 2009-2015.

(121) En ce qui concerne la référence de l'Allemagne aux prévisions relatives aux liquidités de WestSpiel figurant à la page 101 de l'expertise [IBR] (qui reposent sur les comptes annuels et les rapports [XY] de 2013 et 2014), la Commission observe que, contrairement à ce qu'affirme l'Allemagne, l'analyse ne couvre pas la situation dans laquelle l'injection de capital constitue un volet de la restructuration, mais reflète plutôt l'évolution des liquidités de WestSpiel sans l'injection de capital prévue (après la vente d'œuvres d'art et le prélèvement sur les bénéfices). Toutefois, cette interprétation erronée de l'expertise [IBR] par l'Allemagne ne change rien à la position de la Commission. Au contraire, elle la confirme, étant donné que le graphique figurant au considérant 74 montre que le solde de paiement de WestSpiel serait resté négatif jusqu'en 2021 si l'injection de capital n'avait pas eu lieu. Dès lors, la Commission estime qu'il n'est aucunement réaliste de penser que NRW.BANK aurait pu, à ce moment-là, compenser par le produit d'une vente les pertes subies en ce qui concerne le capital apporté à WestSpiel.

(122) En outre, la cession d'une entreprise, à l'instar de sa dissolution et de sa liquidation, s'effectue dans le cadre d'une procédure juridique complexe et longue. Outre les dispositions générales du droit commercial et du droit des sociétés, il convient également de tenir compte des dispositions du droit du travail, par exemple en ce qui concerne le transfert de personnel en vertu de l'article 613a du BGB et l'élaboration de plans sociaux au sens de l'article 112 de la loi relative à l'organisation du travail dans les entreprises (Betriebsverfassungsgesetz, ci-après la «BetrVG»), ainsi que des dispositions du droit fiscal (telles que l'obligation de paiement de l'impôt sur le revenu, de la taxe professionnelle, de l'impôt sur le revenu des sociétés et de la taxe sur la valeur ajoutée) et des dispositions du droit de la concurrence (en ce qui concerne une éventuelle concentration d'entreprises soumise aux réglementations européennes en matière de contrôle des opérations de concentration entre entreprises).

(123) Compte tenu de ce qui précède, la Commission estime que la vente de WestSpiel n'aurait pas été une option raisonnable pour l'Allemagne au moment du versement annuel d'une compensation des pertes.

— *Évaluation du scénario factuel (versement annuel d'une compensation des pertes)*

([51]) Voir l'article 12 de la SpielbG NRW, dans la version de l'article 3 de la loi relative au premier traité d'État modifiant le traité d'État sur les jeux de hasard en Allemagne (premier traité modificatif sur les jeux de hasard); GV. NRW. Édition 2012 n° 29 du 22.11.2012, p. 523 à 546 | RECHT.NRW.DE.

(124) La Commission estime que le scénario factuel retenu par NRW.BANK constitue l'approche la plus raisonnable pour un actionnaire.

(125) Le versement annuel d'une compensation des pertes par les actionnaires est une pratique courante dans les entreprises, qui repose souvent sur des contrats de transfert de profits et pertes conclus entre la société mère et les filiales ([52]). En outre, le versement annuel d'une compensation des pertes peut plutôt être considéré comme un comportement passif d'un investisseur, étant donné que, comme expliqué aux considérants 103 et 104, les actionnaires sont tenus, en vertu du droit allemand des sociétés, de compenser les pertes enregistrées dans les comptes annuels de la société au moyen de leur part de capital; par conséquent, le versement annuel d'une compensation des pertes s'avère être un mécanisme purement automatique qui ne nécessite pas de décision distincte de la part d'un actionnaire.

(126) La Commission en conclut qu'un investisseur privé aurait opté pour le troisième des trois scénarios (vente immédiate/liquidation/«statu quo») même en l'absence d'expertise ou d'autres éléments de preuve.

(127) En ce sens, ni la vente d'une entreprise immédiatement après qu'elle a commencé à enregistrer des pertes, ni l'investissement de nouveaux capitaux en vue de la poursuite de l'exploitation d'une entreprise (déficitaire) ne peuvent être considérés comme étant, en tout état de cause, compatibles avec le principe de l'investisseur en économie de marché. Au contraire, toute décision (qu'il s'agisse de la vente, du maintien du statu quo ou de l'injection de nouveaux capitaux) doit être appréciée en fonction de ses avantages dans chaque cas particulier et en tenant compte de la question de savoir comment un investisseur avisé en économie de marché se serait comporté.

— *Conclusions concernant l'octroi d'un avantage*

(128) À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut donc que le versement annuel d'une compensation des pertes n'a pas conféré d'avantage économique à WestSpiel, puisque seuls les capitaux propres de WestSpiel ont été utilisés (voir les considérants 100 à 104); en outre, en décidant de maintenir la valeur de son apport en capital dans WestSpiel, NRW.BANK s'est comportée de manière raisonnable dans la mesure où, d'un point de vue économique, il était logique de ne pas vendre à perte, mais d'attendre des jours meilleurs pendant lesquels l'utilisation de capital pourrait être compensée par une vente rentable de WestSpiel (même si cela impliquait – éventuellement – de continuer à enregistrer des pertes, c'est-à-dire d'accepter une nouvelle utilisation du capital de WestSpiel).

6.1.2. *Injection présumée d'un capital en 2015*

6.1.2.1. Relation entre le mécanisme de prélèvement sur les bénéfices et l'injection de capital

(129) Pour déterminer si l'injection présumée d'un capital doit être considérée comme une aide d'État, la Commission doit commencer par examiner si le prélèvement sur les bénéfices en 2014 ([53]) et l'injection d'un capital de 64,8 millions d'euros par la Rhénanie-du-Nord - Westphalie dans WestSpiel en 2015 doivent être considérés comme deux mesures distinctes ou comme une seule mesure.

(130) Il ressort des informations communiquées par l'Allemagne en ce qui concerne la procédure d'injection de capital (voir les considérants 48 et 49) que l'obligation de NRW.BANK d'apporter un capital social supplémentaire à WestSpiel conformément au contrat de fiducie a pris effet le 1er décembre 2015, c'est-à-dire au moment où la condition suspensive du paiement [«*mais pas avant la signature du contrat de société relatif à une société en*

([52]) Voir, par exemple, la décision C(2011) 632 final de la Commission du 23 février 2011 concernant l'aide d'État SA.20255 (C 58/06) (ex NN 98/05) octroyée par l'Allemagne aux entreprises Bahnen der Stadt Monheim (BSM) et Rheinische Bahngesellschaft (RBM) réunies au sein du Verkehrsverband Rhein-Ruhr (JO L 210 du 17.8.2011, p. 1); la décision C(2011) 3899 de la Commission du 15 juin 2011 concernant l'aide d'État SA.31296 (N 322/2010) — Allemagne — Kommunale Wasserwerke Leipzig GmbH (JO C 1 du 4.1.2013, p. 2); la décision C(2024) 2781 final de la Commission du 13 juin 2024 concernant l'aide d'État SA.55744 (2024/C) (ex 2019/FC) — Aide présumée en faveur de WestVerkehr (JO C 4762 du 30.7.2024, p. 1); la décision C(2022) 639 final de la Commission du 31 janvier 2022 relative à l'aide d'État SA.50952 (2022/C) (ex 2018/FC) — Aide d'État présumée en faveur de DB Cargo (JO C 316 du 18.8.2022, p. 20). Cette pratique est également soutenue par l'article 302, paragraphe 1, de la loi sur les sociétés, qui prévoit expressément la possibilité d'un versement annuel d'une compensation des pertes par l'autre partie à un contrat de domination ou à un contrat de transfert des bénéfices.

([53]) Sur la base de l'article 14 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version) (voir le considérant 33), selon lequel, à la suite de la vente de deux œuvres d'art, WestSpiel devait verser à la Rhénanie-du-Nord - Westphalie 75 % de ses excédents annuels déclarés, soit un montant d'environ 82 millions d'euros.

participation», (voir le considérant 26)] était remplie. Par conséquent, la Commission estime que la date effective d'octroi de la mesure était le 1er décembre 2015. Le fait que les fonds apportés n'aient été transférés par la Rhénanie-du-Nord - Westphalie à NRW.BANK, en tant que fiduciaire, que le 10 décembre 2015, et que le transfert définitif de ces fonds de NRW.BANK à WestSpiel n'ait eu lieu que le 15 décembre 2015, n'y change rien, car cela n'a fait que clore l'opération.

(131) L'Allemagne estime que le mécanisme de prélèvement sur les bénéfices et l'injection d'un capital doivent être considérés comme une seule mesure et que la Rhénanie-du-Nord - Westphalie aurait également pu modifier l'article 14 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version) au lieu d'injecter des capitaux dans WestSpiel.

(132) Selon l'Allemagne, le prélèvement sur les bénéfices d'un montant d'environ 82 millions d'euros en 2014, combiné à la «restitution» de 64,8 millions d'euros à WestSpiel en 2015, a entraîné, dans l'ensemble, un apport net d'environ 17,2 millions d'euros de WestSpiel à l'État. Selon cette approche, la mesure désavantagerait WestSpiel plutôt que de lui procurer un avantage. La Commission conteste toutefois cette argumentation. En effet, le prélèvement sur les bénéfices et l'injection de capital ne constituent pas des sous-mesures d'une mesure complexe. Il s'agit plutôt de deux mesures distinctes, chacune ayant sa logique propre. En l'espèce, l'injection de capital ne saurait être considérée comme une sous-mesure d'une mesure globale. Le montant versé par WestSpiel dans un premier temps dans le cadre du mécanisme de prélèvement sur les bénéfices prévu à l'article 14 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version) était dû en tant que taxe et a été perçu par l'État en sa qualité de puissance publique.

(133) L'injection de capital constitue une mesure distincte, ce qui peut être clairement déduit de sa nature et de son objet, du contexte, de l'objectif poursuivi et des règles applicables: contrairement au mécanisme de prélèvement sur les bénéfices, l'injection de capital ne constitue pas une mesure fiscale, étant donné qu'elle n'est pas mise en œuvre par l'État en sa qualité d'autorité fiscale, mais résulte d'une décision de l'État en tant qu'actionnaire, et donc en tant qu'investisseur. En outre, les mesures n'ont pas été adoptées selon la même législation, ni selon les mêmes modalités de mise en œuvre. Comme expliqué au considérant 130, le régime de prélèvement sur les bénéfices a été introduit dès 2008, tandis que l'injection de capital a été accordée le 1er janvier 2015. Le modèle en deux étapes invoqué par l'Allemagne (c'est-à-dire le prélèvement sur les bénéfices en 2014 et l'injection de capital en 2015) a suivi ces étapes chronologiques uniquement en raison du régime fiscal mis en place sept ans auparavant et maintenu après l'injection de capital. On ne saurait non plus prétendre que cette injection de capital était prévisible au moment de l'introduction du régime de prélèvement sur les bénéfices.

(134) En outre, le fait que la Rhénanie-du-Nord - Westphalie n'ait pas modifié la SpielbG NRW en vue de compenser le «désavantage structurel» causé par le mécanisme de prélèvement sur les bénéfices montre qu'elle a considéré ce mécanisme comme un facteur externe et non comme faisant partie de ses accords d'actionnaires avec WestSpiel. Dès lors, le mécanisme de prélèvement sur les bénéfices et l'injection de capital ne doivent pas être considérés comme une seule mesure, mais comme deux mesures distinctes.

— *Conclusion sur la relation entre le mécanisme de prélèvement sur les bénéfices et l'injection de capital*

(135) Sur la base de ce qui précède, la Commission conclut que l'argumentation de l'Allemagne relative à l'existence d'une mesure unique ne saurait être invoquée pour exclure l'existence d'un avantage, étant donné que le prélèvement sur les bénéfices et l'injection de capital doivent être considérés comme deux mesures distinctes.

6.1.2.2. Appréciation de l'injection de capital au regard des règles en matière d'aides d'État

(136) Étant donné que le prélèvement sur les bénéfices et l'injection de capital sont des mesures distinctes (voir la section 6.1.2.1), ils doivent être examinés séparément. Le mécanisme de prélèvement sur les bénéfices au sens de l'article 14 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version) ne doit pas être considéré comme une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE. Il résulte déjà de la nature même du mécanisme de prélèvement sur les bénéfices qu'il n'y a pas, en l'espèce, de transfert de ressources d'État susceptible d'améliorer la situation économique d'une entreprise, étant donné que les ressources sont transférées de l'entreprise à l'État et non l'inverse. L'appréciation suivante au regard des règles en matière d'aides d'État se concentre donc uniquement sur l'injection de capital.

6.1.2.2.1. Entreprise

(137) Les règles en matière d'aides d'État ne s'appliquent que lorsque le bénéficiaire d'une mesure est une «entreprise». Selon une jurisprudence constante de la Cour, la notion d'«entreprise» comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement ([54]). La question de savoir si une entité particulière constitue une entreprise ou non dépend donc uniquement de la nature de ses activités ([55]).

(138) En tant que casino public, WestSpiel propose des services (notamment des services de jeux de hasard, mais également des services de restauration) sur un marché moyennant paiement (droits d'entrée, part des mises, prix pour les autres services). En conséquence, au regard des règles en matière d'aides d'État, WestSpiel exerce des activités économiques et doit être considérée comme une entreprise au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

6.1.2.2.2. Ressources d'État et imputabilité à l'État

(139) Seuls les avantages accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État sont considérés comme des aides au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE ([56]). Les ressources d'État comprennent toutes les ressources du secteur public ([57]), y compris les ressources des entités intraétatiques (décentralisées, fédérées, régionales ou autres) ([58]) et, dans certaines circonstances, les ressources d'organismes privés. La question de savoir si un organe au sein du secteur public est autonome ou pas n'est pas pertinente ([59]).

(140) Les ressources des entreprises publiques constituent également des ressources d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, du fait que l'État est en mesure d'en orienter l'utilisation ([60]). Aux fins de la législation en matière d'aides d'État, les transferts au sein d'un groupe d'entreprises publiques peuvent également constituer une aide d'État si, par exemple, les ressources sont transférées de la société mère à sa filiale (même si ces dernières forment une entreprise unique d'un point de vue économique) ([61]). L'élément déterminant pour qualifier les ressources financières de ressources d'État n'est pas l'existence effective d'un transfert des ressources, mais le fait que les ressources sont sous contrôle public et que, partant, les autorités publiques disposent de ces ressources ([62]).

(141) Lorsqu'une autorité publique accorde un avantage à un bénéficiaire, la mesure est, par définition, imputable à l'État. Toutefois, l'imputabilité à l'État est moins évidente si l'avantage est accordé par des entreprises publiques. En pareil cas, il est nécessaire d'examiner si les autorités publiques doivent être considérées comme ayant été impliquées, d'une manière ou d'une autre, dans l'adoption de la mesure ([63]). Le simple fait qu'une mesure soit prise par une entreprise publique ne suffit pas en soi pour la considérer comme imputable à l'État ([64]). En effet, l'imputabilité à l'État d'une mesure prise par une entreprise publique peut au contraire être déduite d'un ensemble d'indices résultant des circonstances de l'espèce et du contexte dans lequel cette mesure est intervenue ([65]).

([54]) Arrêts de la Cour du 12 septembre 2000, Pavlov e.a., affaires jointes C-180/98 à C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, point 74 et du 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a., C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, point 107.

([55]) Voir les points 6 et 7 de la communication de la Commission relative à la notion d'«aide d'État» visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO C 262 du 19.7.2016, p. 1).

([56]) Arrêt de la Cour du 24 janvier 1978, Van Tiggele, C-82/77, ECLI:EU:C:1978:10, points 25 et 26; arrêt du Tribunal du 12 décembre 1996, Air France/Commission, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, point 63.

([57]) Arrêt du Tribunal du 12 décembre 1996, Air France/Commission, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, point 56.

([58]) Arrêt de la Cour du 14 octobre 1987, Allemagne/Commission, C-248/84, ECLI:EU:C:1987:437, point 17; arrêt du Tribunal du 6 mars 2002, Diputación Foral de Álava/Commission, affaires jointes T-92/00 et T-103/00, ECLI:EU:T:2002:61, point 57.

([59]) Arrêt du Tribunal du 12 décembre 1996, Air France/Commission, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, points 58 à 62.

([60]) Arrêts de la Cour du 16 mai 2002, France/Commission, C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, point 38; du 29 avril 2004, Grèce/Commission, C-278/00, ECLI:EU:C:2004:239, points 53 et 54 et du 8 mai 2003, Italie et SIM 2 Multimedia/Commission, affaires jointes C-328/99 et C-399/00, ECLI:EU:C:2003:252, points 33 et 34.

([61]) Arrêt de la Cour du 11 juillet 1996, SFEI e.a., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, point 62.

([62]) Arrêt de la Cour du 16 mai 2002, France/Commission, C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, points 36 et 37.

([63]) Arrêt de la Cour du 16 mai 2002, France/Commission, C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, point 52.

([64]) Arrêt de la Cour du 16 mai 2002, France/Commission, C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294; arrêt du Tribunal du 26 juin 2008, SIC/Commission, T-442/03, ECLI:EU:T:2008:228, points 93 à 100.

([65]) Arrêt de la Cour du 16 mai 2002, France/Commission, C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, point 55.

(142) En ce qui concerne la conclusion de la Commission au considérant 94 de la décision d'ouvrir la procédure, selon laquelle l'injection de capital a été accordée au moyen de ressources d'État, l'Allemagne fait valoir (voir le considérant 82) que le capital injecté n'était pas constitué de ressources d'État, puisqu'il provenait en réalité des recettes de la vente de deux œuvres d'art par WestSpiel, c'est-à-dire du prix payé par l'acheteur, à savoir 114,4 millions d'euros.

(143) Concernant le critère des ressources d'État, la Commission n'adhère pas à ce raisonnement, car le prélèvement sur les bénéfices, d'un montant d'environ 82 millions d'euros, constituait une étape intermédiaire entre la vente d'œuvres d'art et l'injection de capital. Le prélèvement sur les bénéfices a permis le transfert du montant susmentionné de WestSpiel à l'État et, dès lors, ces ressources ne peuvent plus être considérées comme des ressources privées puisqu'elles étaient sous le contrôle de l'État.

(144) Au sujet de l'imputabilité de la mesure à l'État, la Commission note que la décision relative à l'injection de capital a été prise par la Rhénanie-du-Nord - Westphalie (voir les considérants 47 à 49) et que les conclusions relatives à la compensation des pertes énoncées au considérant 70 de la décision d'ouvrir la procédure s'appliquent mutatis mutandis (voir le considérant 95 de la décision d'ouvrir la procédure). Comme indiqué dans ce considérant, la Commission constate ce qui suit: i) NRW.BANK est la banque de développement de la Rhénanie-du-Nord - Westphalie et a pour mission d'aider le Land, qui en est propriétaire, dans ses missions de politique structurelle et économique, ii) la Rhénanie-du-Nord - Westphalie est le garant de NRW.BANK et iii) les organes de NRW.BANK, en particulier l'assemblée des garants et l'organe de surveillance, sont majoritairement composés d'agents publics.

(145) En outre, au considérant 70 de la décision d'ouvrir la procédure, la Commission a expliqué que ces constatations feraient l'objet de clarifications supplémentaires, notamment en ce qui concerne la structure de NRW.BANK, ses processus décisionnels et l'implication de l'État dans les décisions (éventuelles) relatives à la compensation des pertes en cause. À cet égard, la Commission constate ce qui suit:

— selon le rapport sur la gouvernance d'entreprise publique établi dans le cadre du rapport financier de NRW.BANK de 2015 ([66]), la Rhénanie-du-Nord - Westphalie est le garant ainsi que l'unique propriétaire de NRW.BANK. Dans ce contexte, la Rhénanie-du-Nord - Westphalie a doté NRW.BANK, de manière permanente, des instruments en matière de responsabilité appelés «Anstaltslast» (obligation de maintien en activité) et «Gewährträgerhaftung» (obligation de garantie) et a émis une garantie de refinancement explicite,

— NRW.BANK dispose d'une assemblée des garants au sein de laquelle la Rhénanie-du-Nord - Westphalie fait valoir ses droits, aussi bien dans le cadre de ses compétences légales qu'en tant que propriétaire de NRW.BANK, et où elle exerce son droit de vote par l'intermédiaire de deux membres qu'elle délègue. Les autres membres de l'assemblée des garants sont le ministre de l'économie de la Rhénanie-du-Nord - Westphalie, le ministre des finances de la Rhénanie-du-Nord - Westphalie et le ministre du logement de la Rhénanie-du-Nord - Westphalie, ainsi que les membres de droit,

— en ce qui concerne le conseil d'administration de NRW.BANK, il ressort du rapport sur la gouvernance d'entreprise publique que le conseil d'administration, en tant qu'organe de surveillance, supervise la gestion du conseil de direction de NRW.BANK, dont il nomme et révoque les membres. En 2015, le conseil d'administration se composait d'un total de 15 membres, dont sept, soit la majorité d'entre eux, étaient délégués par la Rhénanie-du-Nord - Westphalie en tant que garants de NRW.BANK,

— en outre, NRW.BANK est également supervisée par l'État, plus précisément par le ministère de l'intérieur de Rhénanie-du-Nord - Westphalie et, dans le domaine de l'aide au logement social, en accord avec le ministère du logement.

(146) Au vu des éléments exposés ci-dessus, la Commission prend acte du fait que la Rhénanie-du-Nord - Westphalie, et donc l'État, a exercé une influence déterminante sur NRW.BANK et sur les décisions prises au sein de ses organes d'entreprise au moment où l'injection de capital dans WestSpiel a été réalisée en 2015, par son rôle de garant unique de NRW.BANK, ainsi que par l'exercice des droits de vote par ses ministres au sein de l'assemblée des garants et par la désignation de la majorité des membres de l'organe de surveillance qui contrôle l'activité du conseil de direction de NRW.BANK. La Commission conclut donc que l'injection de capital peut être considérée comme imputable à l'État.

(147) Par conséquent, la Commission conclut que les mesures prises par NRW.BANK en ce qui concerne l'injection de capital en 2015 ont entraîné un transfert de ressources d'État et sont imputables à l'État.

([66]) Voir le rapport financier de NRW.BANK 2015, p. 7 à 23.

6.1.2.2.3. Avantage

(148) Comme indiqué précédemment, au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, un avantage désigne un avantage économique qu'une entreprise n'aurait pu obtenir dans les conditions normales du marché, c'est-à-dire en l'absence d'intervention de l'État. Conformément à la jurisprudence des juridictions de l'Union, pour évaluer l'existence ou non d'un avantage, il convient de comparer la situation financière de l'entreprise après l'introduction de la mesure avec sa situation financière si cette mesure n'avait pas été prise ([67]).

(149) La Commission a estimé, au considérant 76 de la décision d'ouvrir la procédure, que l'injection de nouveaux capitaux d'un montant de 64,8 millions d'euros par la Rhénanie-du-Nord - Westphalie en 2015, considérée isolément, avait conféré un avantage à WestSpiel. À cet égard, elle a constaté que, comme l'Allemagne l'a reconnu, le prélèvement sur les bénéfices constituait un impôt au sens du code fiscal allemand, mais que l'injection de capital en 2015 était d'une nature différente.

(150) Dans ses observations sur la décision d'ouvrir la procédure, l'Allemagne estime que, dans la présente affaire, l'injection de capital n'a conféré aucun avantage à WestSpiel pour les cinq raisons suivantes: premièrement, l'injection de capital n'aurait constitué qu'une restitution partielle du bénéfice prélevé auprès de WestSpiel. Deuxièmement, l'injection de capital serait conforme au principe de l'investisseur en économie de marché, étant donné que le Land de Rhénanie-du-Nord - Westphalie, en procédant à l'injection, aurait agi comme un investisseur privé dans des circonstances comparables. Troisièmement, l'injection de capital ne constituerait pas une aide d'État, car elle n'aurait fait que compenser le désavantage structurel de WestSpiel (c'est-à-dire la charge fiscale élevée). Quatrièmement, le même résultat économique aurait pu, en tout état de cause, être obtenu en modifiant la législation (en vue de réduire la charge fiscale de WestSpiel). Cinquièmement, toute aide théorique aurait été largement remboursée par l'obtention d'un prix de vente plus élevé pour WestSpiel (voir la section 4.2).

6.1.2.2.3.1. Appréciation de l'argument de l'Allemagne selon lequel l'injection de capital est conforme au principe de l'investisseur en économie de marché

(151) Comme expliqué au considérant 78, l'Allemagne considère que l'injection de capital réalisée en 2015 par NRW.BANK était conforme au comportement d'un investisseur en économie de marché opérant dans des circonstances similaires et, partant, au principe de l'investisseur en économie de marché. L'injection de capital aurait été nécessaire pour rétablir la rentabilité de WestSpiel et préserver les capitaux déjà investis dans l'entreprise. Dans son argumentation relative au principe de l'investisseur en économie de marché, l'Allemagne s'appuie sur une perspective «à court terme» ([68]) et sur une perspective «à long terme» ([69]).

— *Applicabilité du principe de l'investisseur en économie de marché*

(152) La Commission souligne que le principe de l'investisseur en économie de marché doit être applicable pour pouvoir être invoqué. Cela signifie qu'il doit être possible de comparer le comportement de l'État avec celui d'un investisseur privé qui, dans ses relations avec une entreprise, ne dispose ni des prérogatives ni des recettes d'une autorité fiscale. Pour pouvoir se fonder sur le principe de l'investisseur en économie de marché, un État membre doit démontrer de manière claire et à l'aide d'éléments de preuve objectifs et vérifiables qu'il a pris la mesure mise en œuvre en sa qualité d'investisseur. Il doit ressortir clairement de ces éléments de preuve que l'État membre concerné a pris sa décision avant l'octroi de l'avantage économique, ou en même temps que celui-ci, et sur la base d'évaluations économiques comparables à celles qu'un investisseur privé raisonnable aurait fait établir dans ces circonstances avant de procéder à un tel investissement afin d'en déterminer la rentabilité future.

(153) La Commission considère que l'Allemagne n'a fourni aucun élément de preuve satisfaisant à ces critères et que, par conséquent, le principe de l'investisseur en économie de marché ne s'applique pas à l'injection de capital, comme expliqué ci-dessous.

([67]) Arrêt de la Cour du 2 juillet 1974, Italie/Commission, C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, point 13.

([68]) L'Allemagne soutient que l'injection de capital est, en tant que mesure autonome, conforme au principe de l'investisseur en économie de marché.

([69]) L'Allemagne fait valoir, sur la base de l'arrêt dans l'affaire EDF, qu'elle peut inclure dans l'évaluation des recettes fiscales futures plus élevées. En outre, l'injection de capital aurait été nécessaire pour rétablir la rentabilité de WestSpiel et préserver ainsi la valeur des capitaux déjà investis dans l'entreprise.

(154) L'Allemagne fait valoir qu'une évaluation ex ante a été réalisée avec l'expertise [IBR]. Or, ni l'expertise [IBR] ni d'autres documents présentés par l'Allemagne ne remplissent les critères décrits au considérant 152. Contrairement à ce qu'aurait fait un investisseur en économie de marché, l'Allemagne n'a procédé à aucune évaluation ex ante de la rentabilité de l'injection de capital. Le principe de l'investisseur en économie de marché n'est pas applicable lorsque seule une partie d'un paiement d'impôt est réinjectée dans une entreprise sans analyse préalable de la rentabilité (voir, par analogie, l'arrêt du Tribunal dans l'affaire T-747/15, EDF/Commission ainsi que l'ordonnance de la Cour dans l'affaire C-221/18 P, EDF/Commission). En particulier, l'expertise [IBR] n'évalue pas si l'injection de capital effectuée en 2015 était un investissement raisonnable et n'apprécie pas non plus les scénarios contrefactuels (liquidation, vente ou «statu quo» plutôt qu'injection de capital).

(155) Comme énoncé au considérant 91 de la décision d'ouvrir la procédure, la Commission estime que l'Allemagne n'a pas apporté la preuve que l'injection de capital aurait permis à la Rhénanie-du-Nord - Westphalie d'obtenir, d'un point de vue ex ante, un retour sur investissement supplémentaire qui n'aurait pas été réalisé en l'absence de cette injection.

(156) L'expertise [IBR] ne comporte pas une telle analyse des scénarios contrefactuels, c'est-à-dire de la situation de WestSpiel sans l'injection de capital, par rapport au scénario factuel, c'est-à-dire la situation de WestSpiel avec l'injection de capital. En ce qui concerne la référence de l'Allemagne à la page 101 de l'expertise [IBR] (voir le considérant 74), ces prévisions relatives aux liquidités de WestSpiel pour les années 2015 à 2023 ne décrivent, comme expliqué au considérant 121, que l'évolution de l'entreprise sans l'injection de capital prévue (après la vente des œuvres d'art et le prélèvement sur les bénéfices), mais elles ne traitent pas de la situation de WestSpiel avec l'injection de capital.

(157) À la page 106 de l'expertise [IBR], l'évolution des liquidités entre 2014 et 2023 est prévue pour le scénario avec l'injection de capital. L'analyse de ce scénario se limite toutefois à affirmer que, grâce à l'injection de capital, WestSpiel disposera de ressources financières positives pendant toute la période de planification et que les liquidités ne tomberont pas sous le seuil minimal de liquidités de 5 millions d'euros et dépasseront légèrement le seuil minimal de liquidités au cours du deuxième trimestre de l'année 2020. Hormis ces estimations, il n'existe aucune autre analyse et, en particulier, aucune explication quant à la manière dont l'injection de capital aurait une incidence (positive) concrète sur l'évolution financière future de WestSpiel ([70]).

(158) De même, concernant une éventuelle dissolution et liquidation ou une vente de WestSpiel en tant que scénarios contrefactuels pour l'injection de capital, l'expertise [IBR] ne contient ni description ni analyse de la mise en œuvre hypothétique de l'un de ces scénarios.

(159) L'Allemagne n'a donc pas présenté de plan d'entreprise détaillé ni aucune autre analyse comparant la situation générale sans l'injection de capital, en particulier les scénarios contrefactuels spécifiques («statu quo», liquidation ou vente), avec le scénario factuel de l'injection de capital, sur la base d'estimations précises et complètes de la rentabilité future et d'analyses coûts-avantages détaillées.

— *Conclusion sur l'applicabilité du principe de l'investisseur en économie de marché*

(160) Pour ces raisons, la Commission considère que le principe de l'investisseur en économie de marché n'est pas applicable à l'injection de capital.

— *Application du principe de l'investisseur en économie de marché*

(161) Nonobstant l'appréciation ci-dessus, dans laquelle la Commission conclut que le principe de l'investisseur en économie de marché n'est pas applicable, la Commission estime, à titre subsidiaire, que, même s'il l'était, les critères de compatibilité avec ce principe ne seraient pas satisfaits.

(162) Comme expliqué au considérant 78, la Commission examinera ci-après les deux arguments avancés par l'Allemagne («perspective à court terme» et «perspective à long terme»).

— *La «perspective à court terme» de l'Allemagne*

([70]) Il n'est notamment pas fait mention de l'évolution du produit brut des jeux annuel.

(163) Tout d'abord, la Commission n'est pas d'accord avec la «perspective à court terme» de l'Allemagne, exposée au considérant 78, concernant la compatibilité de l'injection de capital effectuée en 2015 en tant que mesure autonome (c'est-à-dire sans tenir compte des recettes fiscales résultant du prélèvement sur les bénéfices) avec le principe de l'investisseur en économie de marché, selon laquelle un investisseur privé n'aurait pas eu d'autre solution que l'approche en trois étapes (vente des œuvres d'art/prélèvement sur les bénéfices/injection de capital) et qui voudrait que la seule option possible ait été de ne pas mettre en œuvre les mesures et de perdre ainsi la valeur totale de la participation de NRW.BANK dans WestSpiel ainsi que la perspective de recettes futures.

(164) Contrairement aux scénarios contrefactuels concernant le versement annuel d'une compensation des pertes, la Commission estime, pour ce qui est de l'injection de capital effectuée par NRW.BANK en 2015, que la dissolution et la liquidation ou la vente de WestSpiel auraient été plus raisonnables d'un point de vue économique. Une telle injection de capital, destinée à assurer la survie de l'entreprise, n'est conforme au principe de l'investisseur en économie de marché que si l'on peut s'attendre (sur la base de considérations ex ante) à ce qu'elle aboutisse à un résultat plus avantageux que les deux autres options. En tout état de cause, cela doit faire l'objet d'une évaluation ex ante.

(165) La Commission a examiné les scénarios contrefactuels (liquidation ou vente de WestSpiel ou «statu quo») par rapport au scénario factuel retenu par NRW.BANK (injection de capital) afin de déterminer si un investisseur privé aurait agi de la même manière dans des circonstances comparables.

(166) À cet égard, elle s'est principalement fondée sur les comptes annuels de WestSpiel et sur les rapports [XY] pour les années 2013 et 2014, car ces documents fournissent des informations sur la période précédant de peu la décision de NRW.BANK de procéder à l'injection de capital en décembre 2015, et sont donc les plus appropriés pour démontrer la situation de WestSpiel au moment de l'injection de capital ([71]). La Commission a également examiné les prévisions et les plans relatifs aux bénéfices et pertes, au solde et aux flux de trésorerie de WestSpiel pour les années 2015 à 2023, tels qu'ils figurent dans l'expertise [IBR].

– *Appréciation des scénarios contrefactuels: liquidation et vente*

(167) Selon les comptes annuels de WestSpiel et les rapports [XY], comme indiqué au considérant 113, les dettes ont dépassé le capital de WestSpiel entre 2010 et 2015, et donc également en 2013 et 2014. Plus précisément, les comptes annuels de WestSpiel font état de dettes d'un montant de 17,5 millions d'euros et d'un capital de 9,6 millions d'euros pour l'année 2013, et de dettes d'un montant de 17,6 millions d'euros et d'un capital d'environ 14 millions d'euros pour l'année 2014. Par conséquent, la Commission considère qu'une liquidation de WestSpiel au cours de la période ayant précédé l'injection de capital en décembre 2015 n'aurait été possible qu'à une valeur de liquidation négative, c'est-à-dire si les dettes avaient dépassé le capital de WestSpiel (voir le considérant 110). Même pour une éventuelle vente, l'entreprise n'aurait pas été très attrayante à cette date.

(168) Même s'il est fort probable que NRW.BANK n'aurait pas pu maintenir sa participation dans WestSpiel en cas de dissolution et de liquidation ou en cas de vente en 2013 ou 2014, la dissolution et la liquidation ou la vente de l'entreprise, ou encore la possibilité de préserver le statu quo, auraient néanmoins été préférables à l'injection de capital. En particulier, les comptes annuels de WestSpiel doivent être examinés sous des angles différents en ce qui concerne l'injection de capital et le versement annuel d'une compensation des pertes, car les situations ne sont pas comparables:

— premièrement, un investisseur privé raisonnable n'aurait pas apporté de capital supplémentaire pour renforcer une entreprise alors que d'importants investissements antérieurs (versement annuel d'une compensation des pertes depuis 2009) n'avaient produit aucun effet positif sur la situation financière de l'entreprise. Comme indiqué au considérant 119, le versement annuel d'une compensation des pertes n'a aucunement amélioré la situation de WestSpiel. C'est même le contraire qui s'est produit: le produit brut des jeux annuel a continué de diminuer et les déficits annuels sont restés constamment élevés jusqu'à la vente des œuvres d'art en 2014. En 2014, WestSpiel a enregistré un faible bénéfice net. Lorsque la décision de procéder à l'injection de capital a été prise en 2014, un investisseur privé aurait été en mesure d'évaluer les effets de la compensation annuelle des pertes de WestSpiel au cours des cinq dernières années et de conclure que la situation de l'entreprise continuait de se détériorer. Un investisseur raisonnable n'aurait donc pas injecté des capitaux supplémentaires, ce qui lui aurait fait subir des pertes financières encore plus importantes, mais aurait, au contraire, immédiatement initié la dissolution et la liquidation de l'entreprise ou la vente de celle-ci,

([71]) L'expertise [IBR] s'appuie également sur les informations commerciales de WestSpiel pour les années 2013 et 2014 (voir la page 114 de l'expertise [IBR]).

— deuxièmement, le versement annuel d'une compensation des pertes constituait un comportement purement passif d'un actionnaire qui ne nécessitait ni une action concrète ni une décision active, étant donné que la compensation des pertes sur les capitaux propres des actionnaires d'une société en commandite résulte d'une obligation en vertu du droit allemand des sociétés (voir les considérants 103 et 104). En revanche, la décision d'injecter de nouveaux capitaux relève d'une décision active, et non d'un automatisme purement juridique. Par conséquent, le seuil à partir duquel un investisseur opte pour l'octroi d'une injection de capital est considérablement plus élevé et, par conséquent, cette mesure doit faire l'objet d'un examen plus rigoureux que celui du versement annuel d'une compensation des pertes, c'est-à-dire le scénario du «statu quo»,

— troisièmement, si la Commission estime qu'il est compréhensible, en ce qui concerne la compensation des pertes, qu'un actionnaire qui a réalisé un investissement important (l'apport initial en capital) dans une entreprise et qui a subi des pertes pendant une longue période ne dissolve pas l'entreprise et ne la liquide ou ne la vende pas (voir les considérants 107 à 123), il n'en va pas de même pour l'injection de capital. La Commission est d'avis que cet argument ne peut être défendu pour une durée illimitée et pour des pertes indéfinies d'une entreprise, car cela aurait pour conséquence qu'un investisseur pourrait réaliser un investissement initial dans une entreprise, puis subir des pertes ou effectuer des paiements supplémentaires, sans devoir réexaminer si l'investissement continu est rentable et raisonnable,

— quatrièmement, la Commission prend note des prévisions relativement positives concernant la situation financière de WestSpiel entre 2021 et 2023, qui prévoyaient le passage d'un solde de paiement négatif à un solde de paiement positif (voir les considérants 74 et 121). Néanmoins, il n'aurait pas été acceptable pour un investisseur privé comparable de s'abstenir de dissoudre, de liquider ou de vendre l'entreprise en 2015 (lors de l'injection de capital) pour attendre l'amélioration escomptée de sa situation financière. Le laps de temps entre 2015 et 2021 est très long et il ne serait aucunement raisonnable de demander à un actionnaire de repousser de six ans encore une décision urgente et nécessaire. Il convient notamment de tenir compte des pertes supplémentaires que l'actionnaire aurait vraisemblablement subies au cours de ces années, ainsi que de l'incertitude quant à la situation économique et financière, étant donné que les prévisions tablent toujours sur un solde de paiement négatif de WestSpiel jusqu'au point de basculement final en 2021. En tout état de cause, pour les raisons exposées ci-dessus, l'autre solution raisonnable pour un actionnaire, afin d'éviter une vente ou une dissolution et liquidation en 2015, n'aurait pas été une injection de capital, mais uniquement la possibilité de ne pas agir et d'accepter un versement annuel d'une compensation des pertes supplémentaire sur la base de l'automatisme prévu par le HGB, comme c'était déjà le cas les années précédentes.

— *Conclusion sur l'appréciation des scénarios contrefactuels*

(169) Sur la base des arguments avancés dans le cadre de l'appréciation des scénarios contrefactuels spécifiques, la Commission conclut donc qu'un investisseur privé comparable aurait choisi de dissoudre et de liquider ou de vendre l'entreprise, ou de ne pas agir du tout, au lieu de procéder à un nouvel investissement et d'apporter ainsi davantage de capitaux à une entreprise globalement déficitaire, au risque de perdre les montants nouvellement injectés en plus du capital déjà investi.

— *La «perspective à long terme» de l'Allemagne*

(170) En ce qui concerne la «perspective à long terme» de l'Allemagne exposée au considérant 78, la Commission estime que, compte tenu de l'arrêt rendu dans l'affaire EDF ([72]), il convient de distinguer les mesures prises par l'État en sa qualité d'investisseur (dans le cadre desquelles il a procédé à l'injection de capital) des mesures qu'il prend en sa qualité de puissance publique (dans le cadre desquelles il a prélevé les bénéfices).

([72]) Arrêt de la Cour du 5 juin 2012, Commission/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318.

(171) Aux fins de l'appréciation de la question de savoir si la même mesure aurait été adoptée dans les conditions normales du marché par un opérateur privé se trouvant dans une situation la plus proche possible de celle de l'État, la Cour estime que seuls les bénéfices et les obligations liés à la situation de ce dernier en qualité d'opérateur privé, à l'exclusion de ceux qui sont liés à sa qualité de puissance publique, sont à prendre en compte ([73]).

(172) En ce qui concerne l'argument de l'Allemagne selon lequel les autres taxes de WestSpiel ([74]) devraient être prises en considération dans les recettes lors de l'appréciation de la compatibilité de l'injection de capital avec le principe de l'investisseur en économie de marché, la Commission fait observer qu'un investisseur en économie de marché n'en tiendrait pas compte.

(173) Selon la jurisprudence, il ne saurait être conclu qu'un avantage sous la forme d'un investissement dans une entreprise peut être annulé par le paiement d'impôts sur les bénéfices de cette entreprise. Même si l'injection de capital était nécessaire pour assurer la survie de l'entreprise et éviter une procédure d'insolvabilité (voir les considérants 153 à 159), il n'existait pas suffisamment d'éléments, dans une perspective ex ante, démontrant que l'investissement permettrait vraisemblablement de générer des bénéfices ou d'éviter des pertes supplémentaires (par rapport aux scénarios contrefactuels, à savoir la liquidation ou la vente de WestSpiel).

— *Conclusion sur l'applicabilité du critère de l'investisseur en économie de marché*

(174) Compte tenu de l'évaluation des scénarios contrefactuels sur la base des informations dont disposait la Commission concernant la situation financière de WestSpiel au moment de la décision relative à l'injection de capital de 2015 (voir le considérant 167) et de la conclusion de la Commission selon laquelle le paiement d'impôts ne peut avoir pour effet d'annuler un avantage (voir le considérant 173), la Commission considère que la mesure n'est pas compatible avec le principe de l'investisseur en économie de marché.

(175) La Commission part du principe qu'un investisseur privé raisonnable n'apporterait pas des capitaux supplémentaires à WestSpiel, compte tenu de ses pertes, sans procéder à des évaluations préalables, même approximatives, permettant de déduire des probabilités raisonnables de profits futurs et sans avoir analysé, le cas échéant, la vente ou l'éventuelle dissolution et liquidation de l'entreprise ([75]).

6.1.2.2.3.2. Compensation présumée d'un désavantage structurel

(176) L'Allemagne fait valoir (voir le considérant 79) que l'injection de capital en 2015 n'a pas conféré d'avantage à WestSpiel et ne constitue dès lors pas une aide d'État, étant donné qu'elle compensait [conformément à la jurisprudence Combus ([76])] le désavantage structurel de WestSpiel qui aurait découlé du fait que cette dernière supportait une charge fiscale plus élevée que celle de ses concurrents privés. En particulier, l'article 14 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version) aurait empêché WestSpiel d'utiliser le produit de la vente de ses actifs (c'est-à-dire ses recettes exceptionnelles générées par la vente des œuvres d'art).

(177) La Commission ne partage toutefois pas l'avis de l'Allemagne. Dans l'arrêt rendu il y a quelques années dans l'affaire Orange/Commission ([77]), la Cour précise que la compensation d'un désavantage structurel peut certes être compatible avec le marché intérieur, mais qu'elle constitue néanmoins une aide d'État dans certaines circonstances. Au point 44 de l'arrêt, la Cour indique qu'un avantage économique conféré au moyen de ressources d'État doit être qualifié d'aide d'État si tous les autres critères d'aide sont remplis, sauf s'il est question d'un service d'intérêt économique général satisfaisant aux critères établis par l'arrêt rendu dans l'affaire Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg ([78]).

([73]) Arrêt de la Cour du 6 mars 2018, Commission/FIH Holding et FIH Erhversbank, C-579/16 P, ECLI:EU:C:2018:159, point 55; arrêt de la Cour du 5 juin 2012, Commission/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, point 79 et jurisprudence citée; arrêt de la Cour du 24 octobre 2013, Land Burgenland e.a./Commission, affaires jointes C-214/12 P, C-215/12 P et C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, point 52.

([74]) Taxes générées par l'injection de capital à partir des ressources budgétaires du Land de Rhénanie-du-Nord - Westphalie.

([75]) Arrêt du Tribunal du 25 juin 2015, SACE et Sace BT/Commission, T-305/13, ECLI:EU:T:2015:435, points 178 à 180.

([76]) Arrêt du Tribunal du 16 mars 2004, Danske Busvognmænd/Commission, T-157/01, ECLI:EU:T:2004:76, point 57.

([77]) Arrêt de la Cour du 26 octobre 2016, Orange/Commission, C-211/15 P, ECLI:EU:C:2016:798, points 22 à 34.

([78]) Arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

(178) La Commission fait également remarquer que, dans les deux affaires, Danske Busvognmænd/Commission (Combus) et Orange/Commission, il était question d'une compensation visant à couvrir des coûts qui étaient anormalement élevés par rapport à ceux des concurrents privés. Or, en l'espèce, la mesure n'élimine pas un désavantage «structurel», mais constitue plutôt une vente ponctuelle d'actifs qui permet à l'entreprise de poursuivre ses activités alors que son modèle économique n'est pas rentable.

(179) À la lumière de ce qui précède, la Commission parvient à la conclusion que l'injection de capital effectuée en 2015 ne peut être considérée comme exempte d'aide au motif qu'elle constituerait une compensation du désavantage structurel de WestSpiel.

6.1.2.2.3.3. Absence présumée d'avantage, étant donné que le même résultat économique aurait pu être obtenu en modifiant la législation

(180) L'Allemagne explique en outre (voir le considérant 80) que le résultat économique de l'injection de capital aurait également pu être obtenu en modifiant la législation, c'est-à-dire par une modification du régime fiscal applicable à WestSpiel.

(181) La Commission estime que cet argument n'est pas pertinent pour répondre à la question de savoir si l'injection de capital effectuée par NRW.BANK en 2015 a conféré un avantage à WestSpiel. La Commission note qu'il ne s'agit là que d'un argument hypothétique, car aucune modification n'est intervenue dans les faits. Même si cette possibilité théorique existait, l'État n'en a pas fait usage et a plutôt décidé de maintenir le régime fiscal applicable à WestSpiel et de procéder à une injection de capital. Ne serait-ce que pour la simple raison que la modification de la législation n'est pas intervenue dans les faits, la Commission n'est pas en mesure d'examiner plus avant si elle (dans le cas théorique où elle aurait été effectuée) aurait constitué un avantage pour WestSpiel.

6.1.2.2.3.4. La restitution présumée de la valeur comptable de la participation tacite de la Rhénanie-du-Nord - Westphalie équivaudrait à un remboursement, en grande partie, de l'aide (présumée).

(182) L'Allemagne fait en outre valoir que la restitution de la valeur comptable de la participation tacite de la Rhénanie-du-Nord - Westphalie équivaut à un remboursement de l'aide (présumée), pour autant qu'il s'agisse d'une aide (voir le considérant 81). Le prix (plus élevé) que l'attributaire paierait dans le cadre de la procédure de passation de marché en cours (à l'époque) refléterait déjà la valeur plus élevée de l'entreprise en raison de l'aide.

(183) La Commission fait observer que la possibilité théorique (envisagée avant la vente de WestSpiel en septembre 2021) d'obtenir un prix plus élevé dans le cadre d'une procédure de passation de marché ne suffit pas à exclure l'existence d'un avantage résultant de l'injection de capital effectuée en 2015 ou à empêcher le bénéficiaire de continuer à avoir la jouissance effective de l'avantage qui en résulte ([79]). En effet, l'avantage doit être apprécié au moment de l'octroi de l'aide, de sorte que l'hypothèse théorique d'une valeur future plus élevée de l'entreprise pourrait être pertinente, et non le fait que la participation tacite ait été remboursée ultérieurement.

(184) En tout état de cause, la Commission conclut que cet argument ne porte pas sur l'existence d'une aide en soi, mais sur le montant de l'aide restant à récupérer après la vente de WestSpiel et le paiement du prix de vente.

— *Conclusions concernant l'octroi d'un avantage*

(185) La Commission conclut donc que l'injection de capital a conféré un avantage à WestSpiel au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

([79]) Arrêt de la Cour du 1er octobre 2015, Electrabel et Dunamenti Erőmű/Commission, C-357/14 P, ECLI:EU:C:2015:642, point 116.

6.1.2.2.4. Sélectivité

(186) En ce qui concerne le critère de sélectivité, il existe une présomption de sélectivité des mesures examinées, étant donné que le seul bénéficiaire était WestSpiel. En l'espèce, en l'absence d'éléments de nature à renverser cette présomption, la Commission conclut que les mesures examinées sont sélectives. Ce point n'est pas non plus contesté par l'Allemagne.

6.1.2.2.5. Distorsion de la concurrence et affectation des échanges

(187) En ce qui concerne la distorsion de la concurrence, la Commission note qu'une mesure d'aide accordée par un État est considérée comme faussant ou menaçant de fausser la concurrence lorsqu'il est probable qu'elle améliore la position concurrentielle du bénéficiaire par rapport aux entreprises qui lui font concurrence. Dans la pratique, une distorsion de la concurrence au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, est généralement constatée dès lors que l'État octroie un avantage financier à une entreprise dans un secteur libéralisé où la concurrence existe ou pourrait exister ([80]). Concernant l'affectation des échanges au sein de l'Union, il est incontestable qu'il n'est pas nécessaire de constater que l'aide affecte effectivement les échanges entre États membres, mais qu'il suffit de déterminer qu'elle est susceptible d'avoir un effet sur ces échanges. Ainsi, selon les juridictions de l'Union, «*lorsqu'une aide financière accordée par l'État renforce la position d'une entreprise par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires [= au sein de l'Union], ces derniers doivent être considérés comme influencés par l'aide*» ([81]).

(188) Comme expliqué au considérant 57 de la décision d'ouvrir la procédure, la Commission ne partage pas l'avis de l'Allemagne selon lequel, compte tenu de la prétendue situation de monopole de WestSpiel en Rhénanie-du-Nord - Westphalie, les mesures examinées n'ont pas pu fausser la concurrence ou affecter les échanges entre États membres. Si l'Allemagne soutient que, pendant la période concernée (de 2009 à 2015), le marché des casinos était exclu de la concurrence en vertu des articles 1er et 3 de la SpielbG NRW (dans son ancienne version), il apparaît que WestSpiel était en concurrence avec des salles de jeux exploitées à titre privé (en particulier les membres de FSH), notamment dans le domaine des jeux sur machine. En outre, rien n'indique qu'il existait en Rhénanie-du-Nord - Westphalie un monopole légal qui aurait exclu toute concurrence sur le marché et autour du marché. Enfin, les activités non liées à l'exploitation de jeux de WestSpiel (telles que l'exploitation de bars et de restaurants dans les casinos) n'étaient en tout état de cause pas soumises à un monopole légal potentiel, malgré les observations de l'Allemagne concernant les activités prétendument illégales des fournisseurs en ligne et comme indiqué également au considérant 57 de la décision d'ouvrir la procédure, et étaient exercées en concurrence avec d'autres fournisseurs.

(189) Par conséquent, la Commission conclut que l'injection de capital effectuée en 2015 est susceptible d'affecter les échanges entre États membres et de fausser ou de menacer de fausser la concurrence.

— *Conclusion sur l'injection de capital*

(190) En ce qui concerne l'injection de capital en faveur de WestSpiel, la Commission conclut donc, sur la base de l'appréciation qui précède, que les critères cumulatifs permettant de conclure à l'existence d'une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE sont remplis et que la mesure constitue une aide d'État.

([80]) Arrêt de la Cour du 15 juin 2000, Alzetta e.a./Commission, affaires jointes T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 à T-607/97, T-1/98, T-3/98 à T-6/98 et T-23/98, ECLI:EU:T:2000:151, points 141 à 147; arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

([81]) Arrêt de la Cour du 14 janvier 2015, Eventech, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, point 66; arrêt de la Cour du 8 mai 2013, Libert e.a., affaires jointes C-197/11 et C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, point 77; arrêt du Tribunal du 4 avril 2001, Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia/Commission, T-288/97, ECLI:EU:T:2001:115, point 41.

6.1.3. *Conclusion sur l'existence de l'aide*

(191) En ce qui concerne le versement annuel d'une compensation des pertes, la Commission conclut qu'il ne s'agit pas d'une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, étant donné que les critères cumulatifs énoncés dans cet article ne sont déjà pas remplis pour les raisons exposées à la section 6.1.1 (absence d'avantage, de ressources d'État et d'imputabilité), de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les autres critères de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

(192) En revanche, en ce qui concerne l'injection présumée de capital de 2015, la Commission conclut qu'il s'agit d'une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, étant donné que les critères cumulatifs prévus par cet article sont remplis pour les raisons exposées à la section 6.1.2 ci-dessus.

6.2. **Légalité de l'aide**

(193) L'injection de capital effectuée en 2015 constitue une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, qui est illégale car elle a été versée en violation de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE.

6.3. **Compatibilité avec le marché intérieur**

(194) Étant donné que l'injection de capital de 2015 constitue une aide d'État, il convient d'examiner si cette mesure d'aide pourrait être considérée comme compatible avec le marché intérieur. Les aides d'État peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur sur la base des dérogations prévues à l'article 107, paragraphes 2 et 3, du TFUE.

(195) L'Allemagne a avancé deux bases possibles pour ce qui est de la compatibilité: a) l'article 107, paragraphe 3, point c), du TFUE — aides à la libéralisation du marché (voir le considérant 84) et b) les lignes directrices concernant les aides au sauvetage et à la restructuration (voir le considérant 85).

(196) La Commission ne peut admettre l'argument de l'Allemagne concernant l'article 107, paragraphe 3, point c), du TFUE, selon lequel il s'agit d'une compensation liée à la libéralisation du marché. Premièrement, la Commission ne dispose d'aucun élément permettant de conclure que la (prétendue) libéralisation du marché était la raison de l'injection de capital. Deuxièmement, la Commission conclut que, en tout état de cause, le marché n'a pas été libéralisé, étant donné que la structure juridique avec, d'un côté, un exploitant de casinos (précédemment public, puis privé après l'achat de WestSpiel), titulaire d'une concession de monopole, et, d'un autre côté, les exploitants privés de jeux sur machine, est restée inchangée.

(197) En ce qui concerne la compatibilité avec les règles relatives aux aides au sauvetage et à la restructuration, l'Allemagne a certes fait valoir que, si l'aide devait être récupérée, WestSpiel deviendrait une entreprise en difficulté, mais elle n'a fourni aucune information indiquant que l'entreprise aurait dû être considérée comme une entreprise en difficulté au moment de l'octroi des mesures et que les exigences des lignes directrices concernant les aides au sauvetage et à la restructuration auraient été remplies. Les doutes de la Commission quant au respect de ces exigences (voir le considérant 104 de la décision d'ouvrir la procédure) n'ont pas été dissipés. En effet, la Commission n'a reçu aucune information indiquant que l'injection de capital aurait été temporaire et accordée sur la base d'un plan de restructuration préalablement approuvé et que le bénéficiaire de l'aide aurait apporté une contribution adéquate aux coûts de restructuration sur ses propres ressources.

(198) À la lumière de ce qui précède, la Commission conclut que l'aide illégale octroyée par l'Allemagne sous la forme de l'injection de capital effectuée en 2015 n'est pas compatible avec le marché intérieur.

7. RÉCUPÉRATION

(199) Conformément au TFUE et à la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, la Commission est compétente pour décider si l'État membre intéressé doit supprimer ou modifier les aides dont elle a établi l'incompatibilité avec le marché intérieur ([82]). Les juridictions de l'Union ont également déclaré, à plusieurs reprises, que l'obligation pour l'État membre de supprimer l'aide considérée par la Commission comme incompatible avec le marché intérieur vise au rétablissement de la situation antérieure ([83]).

(200) Dans ce contexte, les juridictions de l'Union ont établi que cet objectif est atteint quand le bénéficiaire a remboursé les montants octroyés au titre d'aides illégales, en perdant ainsi l'avantage dont il avait bénéficié sur le marché par rapport à ses concurrents, et que la situation antérieure à l'attribution de l'aide a été rétablie ([84]).

(201) Conformément à la jurisprudence, l'article 16, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/1589 du Conseil ([85]) prévoit ce qui suit: «[e]n cas de décision négative concernant une aide illégale, la Commission décide que l'État membre concerné prend toutes les mesures nécessaires pour récupérer l'aide auprès de son bénéficiaire».

(202) Dès lors, étant donné que l'injection de capital de 2015 en cause a été réalisée en violation de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE et qu'elle doit être considérée comme une aide illégale et incompatible avec le marché intérieur, le montant de l'aide doit être récupéré afin de rétablir la situation du marché intérieur antérieure à son octroi.

(203) Le montant nominal à récupérer correspond au montant de l'injection de capital (soit 64,8 millions d'euros). Contrairement à ce qu'affirme l'Allemagne (voir le considérant 81), les montants déjà remboursés par WestSpiel en deux tranches à la suite de la résiliation du contrat de société relatif à une société en participation le 8 janvier 2021 (voir la note 36 de bas de page) ne peuvent pas être considérés comme des remboursements partiels; cela vaut pour a) la première tranche de 35 millions d'euros (remboursement du 19 janvier 2021, voir le considérant 90) et b) la seconde tranche de 11 516 909 EUR (remboursement du 26 juillet 2021, voir le considérant 81), soit un montant total de 46 516 909 EUR. En effet, même en remboursant ce montant, WestSpiel n'a pas perdu l'avantage que l'injection de capital lui avait effectivement conféré par rapport ses concurrents.

(204) La Commission constate que, en l'espèce, la dissolution de la société en participation ne saurait être qualifiée de remboursement et n'a pas d'incidence sur le montant à récupérer, étant donné que ce montant ne dépend pas, en principe, d'événements postérieurs à l'octroi de l'aide.

(205) L'avantage résulte d'une injection de capital qui n'aurait pas eu lieu dans les conditions normales du marché. Le montant total de l'injection de capital reflète le montant de l'avantage. S'il s'avérait ultérieurement que l'investissement était en fin de compte rentable grâce à d'autres développements, cela ne changerait rien à l'existence de l'avantage ou au montant correspondant à celui-ci. Par exemple, lorsqu'un État membre réalise un investissement en achetant des parts dans une entreprise (qu'un investisseur en économie de marché n'achèterait pas) et qu'il revend ultérieurement ces parts (même si leur prix a augmenté dans l'intervalle), cette vente ne constitue pas un remboursement de l'aide. Le paiement de dividendes ne constitue pas non plus un remboursement. Il en va de même pour la vente d'une participation.

(206) En d'autres termes, les développements ultérieurs concrets liés aux capitaux propres ou à la «participation» doivent être considérés indépendamment les uns des autres et n'ont aucune incidence sur la récupération de l'aide octroyée illégalement. La Commission conclut donc que le remboursement n'a pas rétabli (même partiellement) la situation qui existait sur le marché intérieur avant le versement de l'aide.

([82]) Arrêt de la Cour du 12 juillet 1973, Commission/Allemagne, C-70/72, ECLI:EU:C:1973:87, point 13.
([83]) Arrêt de la Cour du 21 mars 1990, Belgique/Commission, C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125, point 66.
([84]) Arrêt de la Cour du 17 juin 1999, Belgique/Commission, C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311, points 64 et 65.
([85]) Règlement (UE) 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO L 248 du 24.9.2015, p. 9, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2015/1589/oj).

(207) Comme indiqué au considérant 29, une concentration entre WestSpiel et WestSpiel GmbH a eu lieu dans le cadre de la restructuration du groupe WestSpiel. Après sa vente au groupe Gauselmann, WestSpiel a changé de nom et est désormais exploitée sous la dénomination sociale «Merkur Spielbanken GmbH» (voir le considérant 30). Dans le cas d'une concentration ou d'un autre type de restructuration d'entreprise, le successeur légal du bénéficiaire initial de l'aide doit être identifié et l'État membre doit récupérer l'aide auprès de l'entité subsistante ([86]). WestSpiel GmbH est le successeur légal de WestSpiel, qui est désormais exploitée sous la dénomination sociale «Merkur Spielbanken GmbH». Le terme «WestSpiel» fait référence à cette entité résultant de la concentration, qui a ensuite été vendue (voir la note 7 de bas de page) et auprès de laquelle l'aide doit être récupérée.

(208) La récupération doit couvrir la période allant de la date à laquelle l'aide a été mise à la disposition du bénéficiaire (15 décembre 2015, voir le considérant 130) jusqu'à la date du remboursement effectif. Au montant à récupérer s'ajoutent les intérêts courus jusqu'à la date de récupération effective de l'aide.

8. RÉDUCTION DU PRIX D'ACHAT EN AVAL AU TITRE DE L'ARTICLE 7 DE L'ACCORD DE CESSION-ACQUISITION

(209) La Commission note que l'accord de cession-acquisition concernant WestSpiel contient des dispositions prévoyant un remboursement limité à 30 millions d'euros en cas de récupération de l'aide (voir la section D du préambule, paragraphes 7, 17.2, 19, 24, 28.3 à 28.5 et 29 de l'accord de cession-acquisition pour WestSpiel). Toutefois, la Commission souligne que, selon une jurisprudence constante, de telles clauses de réduction du prix d'achat en aval (ci-après les «clauses de remboursement») peuvent être qualifiées en soi de mesures d'aide distinctes et que l'invocation de telles clauses de remboursement peut être considérée comme un moyen de contourner le remboursement d'aides illégales et incompatibles avec le marché intérieur. La Commission fait remarquer que le bénéficiaire de la clause est également le bénéficiaire de l'aide.

(210) Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'obligation pour l'État concerné de supprimer une aide considérée par la Commission comme incompatible avec le marché intérieur vise au rétablissement de la situation antérieure. Cet objectif est atteint dès que l'aide en cause, majorée le cas échéant des intérêts de retard, a été restituée par le bénéficiaire. Par cette restitution, ce dernier perd l'avantage dont il avait bénéficié sur le marché par rapport à ses concurrents et la situation antérieure au versement de l'aide est rétablie. Les décisions adoptées par la Commission seraient manifestement privées d'effet si l'on admettait qu'un État puisse octroyer une aide d'un montant équivalent à celui de l'aide illégale, destinée à neutraliser l'impact des remboursements auxquels les bénéficiaires sont tenus en application de ladite décision ([87]).

(211) La clause de remboursement, si elle était appliquée, conduirait au versement à WestSpiel d'une compensation pour l'aide illégale et incompatible avec le marché intérieur qui lui a été octroyée. Concrètement, WestSpiel serait tenue, en vertu de la présente décision, de rembourser à l'État l'aide incompatible avec le marché intérieur. Après l'adoption de la présente décision, la clause de remboursement s'appliquerait, de sorte que l'État serait obligé de verser à WestSpiel le même montant que celui qu'il a récupéré, à concurrence d'un montant maximal de 30 millions d'euros. La mise en œuvre d'une telle clause permettrait de contourner la récupération de l'aide d'État jugée illégale et incompatible avec le marché intérieur par la présente décision, étant donné qu'elle n'aboutirait pas à une récupération effective, c'est-à-dire au rétablissement de la situation qui existait sur le marché avant l'octroi de l'aide, ce qui serait contraire à l'objectif de la récupération ([88]).

9. CONCLUSION

(212) La Commission constate que l'Allemagne a illégalement mis à exécution l'aide en violation de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE.

(213) La Commission conclut que l'aide est incompatible avec le marché intérieur et doit être récupérée auprès de WestSpiel, majorée des intérêts de récupération,

([86]) Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 7 mars 2018, SNCF Mobilités/Commission, C-127/16 P, ECLI:EU:C:2018:165.
([87]) Arrêt de la Cour du 29 juin 2004, Commission/Conseil, C-110/02, ECLI:EU:C:2004:395, points 42 et 43 et jurisprudence citée.
([88]) Arrêt de la Cour du 11 décembre 2012, Commission/Espagne, C-610/10, ECLI:EU:C:2012:781, point 105.

A ADOPTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

La mesure présumée, à savoir le versement annuel d'une compensation des pertes, mise en œuvre par l'Allemagne ne constitue pas une aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

Article 2

L'injection de capital d'un montant de 64,8 millions d'euros réalisée illégalement par l'Allemagne en 2015 en violation de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE, est incompatible avec le marché intérieur.

Article 3

1. L'Allemagne récupère l'aide incompatible avec le marché intérieur visée à l'article 2 auprès de WestSpiel, qui a fusionné avec WestSpiel GmbH et opère désormais sous la dénomination sociale «Merkur Spielbanken NRW GmbH».

2. Les montants à récupérer sont majorés d'un intérêt courant sur toute la période comprise entre le jour auquel l'aide a été mise à la disposition de WestSpiel jusqu'à la date du remboursement effectif.

3. L'Allemagne veille à ce que WestSpiel ne reçoive aucune compensation pour les montants faisant l'objet de la présente décision. En particulier, WestSpiel ne peut recevoir de l'Allemagne, que ce soit directement ou indirectement, aucun montant résultant de l'application de la clause de remboursement prévue par l'accord de cession-acquisition pour WestSpiel.

4. Les intérêts sont calculés sur une base composée, conformément au chapitre V du règlement (CE) n° 794/2004 de la Commission ([89]).

Article 4

1. La récupération des aides visées à l'article 2 est immédiate et effective.

2. L'Allemagne garantit l'exécution de la présente décision dans un délai de quatre mois à compter de la date de sa notification.

Article 5

1. Dans les deux mois suivant la notification de la présente décision, l'Allemagne communique les informations suivantes à la Commission:

a) le montant total (principal et intérêts) à récupérer auprès de WestSpiel;

b) une description détaillée des mesures qui ont déjà été prises ou qui seront prises afin de se conformer à la présente décision;

c) les documents démontrant que WestSpiel a été mise en demeure de rembourser l'aide visée à l'article 2.

2. L'Allemagne tient la Commission informée de l'avancement des mesures nationales prises pour exécuter la présente décision jusqu'à la récupération complète de l'aide visée à l'article 2. Elle transmet immédiatement, sur simple demande de la Commission, toute information sur les mesures déjà prises ou prévues pour se conformer à la présente décision. Elle fournit aussi des informations détaillées concernant les montants de l'aide et les intérêts déjà remboursés par WestSpiel. L'Allemagne fait également rapport à la Commission sur l'application éventuelle de la clause de remboursement visée au considérant 8 et sur la manière dont elle a été appliquée.

([89]) Règlement (CE) n° 794/2004 de la Commission du 21 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (UE) 2015/1589 du Conseil portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO L 140 du 30.4.2004, p. 1, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2004/794/oj).

Article 6

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

Fait au Bruxelles, le 22 novembre 2024.

Par la Commission
Margrethe VESTAGER
Vice-présidente exécutive