II

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

COMMISSION

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 20 octobre 2004

concernant une aide de l'Allemagne en faveur de l'entreprise Landesbank Berlin — Girozentrale

[notifiée sous le numéro C(2004) 3924]

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

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

(2006/736/CE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

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

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

après avoir invité l'État membre et les autres intéressés, en vertu des dispositions précitées, à présenter leurs observations [1] et vu ces observations,

considérant ce qui suit:

I. PROCÉDURE

(1) La présente procédure concerne la cession par le Land de Berlin de la Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin, y compris de ses actifs, à la Landesbank Berlin — Girozentrale. Six autres procédures ont été ouvertes à l'encontre de l'Allemagne dans le même contexte, concernant des cessions d'actifs à des banques régionales, notamment en faveur de la Westdeutsche Landesbank Girozentrale (ci-après dénommée «WestLB»).

(2) Par lettre du 12 janvier 1993, la Commission a invité l'Allemagne à lui transmettre des renseignements concernant les circonstances et les raisons de l'augmentation du capital de WestLB par l'incorporation de la Wohnungsbauförderanstalt, ainsi que des augmentations analogues des fonds propres des banques régionales d'autres Länder. Dans ses réponses de mars et septembre 1993, le gouvernement allemand décrit la cession de la Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin à la Landesbank Berlin — Girozentrale. La Commission a sollicité d'autres informations en novembre et décembre 1993, qui lui ont été transmises par les autorités allemandes en mars 1994. Dans la première de ces deux demandes de renseignements, Berlin est explicitement mentionnée.

(3) Par lettres du 31 mai 1994 et du 21 décembre 1994, le Bundesverband deutscher Banken e.V. (Fédération des banques allemandes), qui représente les banques privées ayant leur siège en Allemagne, a notamment informé la Commission de la cession de la Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin (ci-après dénommée «WBK»), y compris de ses actifs, à la Landesbank Berlin — Girozentrale (ci-après dénommée «LBB») le 31 décembre 1992 et, dans le même temps, du transfert des attributions de WBK à la Investitionsbank Berlin (ci-après dénommée «IBB»), fondée antérieurement et exploitée en tant que division de LBB. Le Bundesverband deutscher Banken a estimé que l'augmentation des fonds propres de LBB résultant de cette opération constituait une distorsion de concurrence à l'avantage de cette dernière, puisque l'opération n'avait pas donné lieu à une rémunération conforme au principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché. Dans la deuxième des deux lettres susmentionnées, le Bundesverband deutscher Banken a par conséquent déposé une plainte formelle et a invité la Commission à ouvrir à l'encontre de l'Allemagne une procédure en application de l'article 93, paragraphe 2, du traité CE (nouvel article 88, paragraphe 2). La plainte concernait également des affaires analogues de cessions d'actifs en faveur des banques régionales allemandes Westdeutsche Landesbank, Norddeutsche Landesbank, Landesbank Schleswig-Holstein, Hamburger Landesbank ou Bayerische Landesbank. En février et mars 1995, puis en décembre 1996, plusieurs banques se sont associées à la plainte de leur fédération.

[1] JO C 239 du 4.10.2002, p. 12.

(4) La Commission a tout d'abord examiné la cession d'actifs à WestLB. Dans sa décision 2000/392/CE ([2]), elle a finalement déclaré, en 1999, que la différence entre la rémunération versée et les rendements qui seraient conformes au marché constituait une mesure d'aide incompatible avec le marché commun et ordonné la récupération de l'élément d'aide. Le Tribunal de première instance des Communautés européennes a infirmé cette décision dans son arrêt du 6 mars 2003 ([3]) pour défaut de motivation de deux éléments qui ont été utilisés pour le calcul de la rémunération, mais l'a sinon confirmée intégralement. Parallèlement, en considération de l'accord trouvé entre le plaignant et les sept autres banques régionales concernées par des procédures analogues, la Commission a rendu une nouvelle décision prenant en compte les critiques formulées par le Tribunal.

(5) Le 1er septembre 1999, la Commission a demandé à l'Allemagne de lui fournir des renseignements concernant les cessions en faveur des autres banques régionales, parmi lesquelles figurait également LBB.

(6) Par lettre du 8 décembre 1999, les autorités allemandes ont ensuite transmis des informations concernant la cession de WBK à LBB, complétées par une lettre en date du 22 janvier 2001. En outre, des représentants des autorités fédérales et de la Commission ont évoqué le problème des cessions et la restitution possible des aides éventuelles dans le cadre de l'examen des aides à la restructuration en faveur de la Bankgesellschaft Berlin AG (ci-après dénommée «BGB»), à laquelle LBB appartient depuis 1994.

(7) Par lettre du 2 juillet 2002, la Commission a informé l'Allemagne de sa décision d'engager la procédure prévue à l'article 88, paragraphe 2, du traité CE en raison de l'aide.

(8) À la suite d'une demande de prolongation du délai qui a été acceptée, l'Allemagne a transmis, par lettre du 9 septembre 2002, ses observations ainsi que d'autres informations complémentaires. D'autres questions ont été abordées lors de rencontres organisées avec les représentants des autorités allemandes, notamment le 27 septembre 2002.

(9) La décision de la Commission d'ouvrir la procédure a été publiée le 4 octobre 2002 au Journal officiel des Communautés européennes ([4]). La Commission a invité les autres intéressés à présenter leurs observations. Un concurrent ainsi que le Bundesverband deutscher Banken lui ont fait parvenir des observations, qui ont été transmises aux autorités allemandes en novembre 2002 pour avis, celui-ci ayant été communiqué à la Commission par lettre du 16 décembre 2002.

(10) En réponse à une autre demande, les autorités allemandes ont fourni des informations complémentaires concernant l'aide potentielle par lettres du 22 janvier 2003, du 27 janvier 2003, du 28 février 2003 et du 19 août 2003.

(11) Par décision du 18 février 2004, la Commission a autorisé les aides à la restructuration en faveur de la Bankgesellschaft Berlin AG, à laquelle LBB appartient. Cette décision couvrait également l'accord conclu le 23 décembre 2002 entre le Land de Berlin et BGB à propos du traitement des demandes de remboursement éventuelles du Land de Berlin dans le cadre de la présente procédure d'examen de l'aide ([5]); cet accord a été assimilé à une aide à la restructuration.

(12) Par lettre du 7 avril 2004, la Commission a demandé à l'Allemagne de lui fournir des informations complémentaires sur toutes les autres procédures impliquant des banques régionales, qui lui ont été transmises par lettres du 1er et 2 juin 2004 ainsi que du 28 juin 2004.

(13) La Investitionsbank Berlin (anciennement WBK) s'est retirée du capital de LBB le 31 août 2004. Le 25 août 2004, l'Allemagne a transmis à la Commission une documentation détaillée sur les dispositions, légales et autres, relatives à cette opération.

(14) Le 27 septembre 2004, l'Allemagne a transmis le projet d'accord conclu entre le plaignant, à savoir le Bundesverband deutscher Banken, le Land de Berlin et la Landesbank Berlin, reçu par la Commission dans sa version signée le 8 octobre 2004. L'accord porte sur la rémunération appropriée des parts cédées à LBB au 1er janvier 1993. Parallèlement, des accords ont également été conclus dans le cadre de cinq autres affaires concernant les cessions d'actifs en faveur de banques régionales et transmis à la Commission.

II. DESCRIPTION DÉTAILLÉE DES MESURES MISES EN ŒUVRE

1. *LANDESBANK BERLIN — GIROZENTRALE («LBB»)*

(15) LBB a été créée en 1990 et, parallèlement, l'ancienne Sparkasse der Stadt Berlin West lui a été cédée par succession universelle. Peu de temps après, la Sparkasse der Stadt Berlin de Berlin-Est a également été cédée à LBB. Depuis lors, les activités de caisse d'épargne sur le territoire de la ville de Berlin sont assurées par une division autonome, mais dépourvue de personnalité juridique, de LBB, la Berliner Sparkasse (caisse d'épargne de Berlin).

(16) LBB est un établissement de droit public dont le Land de Berlin est le détenteur et garant. Au moment de la cession de WBK le 31 décembre 1992, la LBB était détenue à 100 % par le Land de Berlin; elle affichait un total de bilan de quelque 85 milliards de DEM et employait près de 7 000 personnes. LBB est une banque universelle offrant des services aux particuliers et aux entreprises (banque de détail), ainsi que des services aux organismes publics et des services de financement immobilier. Elle opère également à l'étranger. En 1992, les services de banque de détail offerts par Berliner Sparkasse constituaient l'essentiel des activités de LBB.

([2]) JO L 150 du 23.6.2000, p. 1.
([3]) Rec. 2003, p. II-435.
([4]) JO C 239 du 4.10.2002, p. 12.
([5]) Considérants 32 *sqq*. et 141 de la décision de la Commission relative à une aide à la restructuration accordée par l'Allemagne à Bankgesellschaft Berlin AG (pas encore publiée au Journal officiel).

(17) Depuis 1994, LBB appartient au groupe BGB, un «groupe d'établissements» né la même année de la fusion de plusieurs établissements de crédit qui étaient précédemment contrôlés par le Land de Berlin. En tant que holding, BGB détient depuis 1994 une participation tacite atypique de 75 % environ dans les actifs et les résultats de LBB — à l'exception de ceux de l'organisme central de soutien des investissements, IBB. En 1998, BGB est devenue propriétaire à 100 % de LBB grâce à la cession en sa faveur des bénéfices auxquels le Land avait droit en tant que détenteur de LBB. Le total du bilan du groupe BGB s'élevait en 2001 à un peu moins de 190 milliards d'euros, en 2002 à environ 175 milliards d'euros et en 2003 à environ 153 milliards d'euros. Quant à LBB, son total du bilan était d'environ 87 milliards d'euros en 2001, 85 milliards d'euros en 2002 et 93 milliards d'euros en 2003. BGB est actuellement contrôlée à 81 % environ par le Land de Berlin. Parmi les autres actionnaires, on compte la Norddeutsche Landesbank avec 11 % environ, Gothaer Finanzholding AG (groupe d'assurance Parion) avec 2 % environ, le reste de l'actionnariat, soit 6 % environ, étant dispersé.

(18) En 2001, BGB a connu une crise grave, essentiellement parce qu'elle s'était engagée dans des activités immobilières risquées et s'exposait à des sanctions de l'Office fédéral du contrôle du crédit (Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen — «BAKred», rebaptisé aujourd'hui «BAFin») ([6]) pour non-respect des ratios minimums de fonds propres et de fonds propres de base. En août 2001, elle a bénéficié d'une injection de capital de 2 milliards d'euros, dont 1,8 milliard provenaient du Land de Berlin. Dans un premier temps, cette opération a été autorisée par la Commission en tant qu'aide au sauvetage à court terme. À la suite de la découverte d'autres risques, le Land de Berlin a accordé de nouvelles aides qui ont été notifiées à la Commission en même temps que l'injection de capital comme aides à la restructuration et ont été soumises par celle-ci à un examen approfondi. ([7])

(19) Le 18 février 2004, la Commission clôturait la procédure d'examen et autorisait les aides d'une valeur économique totale d'environ 9,7 milliards d'euros. La décision couvrait, outre l'injection de capital et les garanties étendues couvertes par un dispositif de protection contre les risques, un accord de remboursement conclu le 23 décembre 2002 entre le Land de Berlin et BGB régissant le traCONSIDent des demandes de remboursement éventuelles du Land de Berlin résultant de la présente procédure d'examen de l'aide («accord de remboursement») ([8]).

(20) Cet accord prévoit que si la Commission arrête, dans la présente affaire, une décision imposant le remboursement, le Land de Berlin s'engage à injecter dans LBB une aide à l'assainissement du montant nécessaire afin d'éviter que les ratios de fonds propres de LBB et/ou du groupe BGB ne tombent au-dessous du niveau prévu dans l'accord à cause de la menace de récupération des aides illégales ([9]) . Cette nouvelle aide avait été considérée comme indispensable au cours de l'année 2002 en raison du risque considérable que représentait une éventuelle obligation de remboursement pour la viabilité du groupe BGB. Il n'a pas été possible de déterminer la valeur économique exacte de cette autre mesure d'aide dans le cadre de la décision BGB, la présente procédure d'examen n'ayant pas été clôturée. Aux fins de l'appréciation des aides à la restructuration au regard des règles de concurrence, en particulier pour évaluer les contreparties proposées par l'Allemagne en vue de limiter la présence de l'entreprise sur le marché, un plafond théorique de 1,8 milliard d'euros a été fixé pour cette mesure d'aide.

(21) En résumé, il est important de noter que l'accord de remboursement à hauteur des contreparties de l'Allemagne fait figure de nouvelle aide en faveur du groupe BGB, bien que cet accord soit uniquement applicable si la Commission décidait d'imposer le remboursement et si, par conséquent, les ratios de fonds propres tombaient alors au-dessous du niveau prévu dans l'accord.

2. *CESSION DE WBK À LBB*

(22) Lors de la réorganisation des participations bancaires du land de Berlin, qui a finalement abouti à la création du groupe BGB en 1994, c'est la LBB qui a tout d'abord été créée, en 1990, et les caisses d'épargne — d'abord celle de Berlin-Ouest et plus tard celle de Berlin-Est- lui ont ensuite été cédées. Dans un deuxième temps, en 1992, le Land de Berlin a entre autres décidé de fonder IBB, avec un statut d'établissement de droit public dépourvu de la personnalité juridique, faisant partie de LBB et jouissant d'une autonomie en matière de gestion et d'organisation, et qui faisait fonction d'organisme central de soutien des investissements du Land. WBK avait été jusque-là un organisme autonome de droit public dont le détenteur et garant était le Land de Berlin. Elle avait pour mission d'intérêt général de s'occuper de la construction et de l'entretien de logements. WBK devait être cédée, avec ses attributions, à IBB, qui se voyait ainsi attribuer de nouvelles activités de promotion, par exemple dans le domaine des infrastructures et de l'environnement. Le 31 décembre 1992, WKB et la totalité de ses actifs ont été cédés à LBB par succession universelle.

(23) Lors de la cession, le capital de LBB a augmenté de 187,5 millions de DEM, ce qui correspond à l'ancien capital de WBK. Depuis lors, ce montant n'est plus pris en compte dans les actifs d'IBB. Les réserves sur bénéfices non distribués de WBK s'élevaient au 31 décembre 1992 à 1,9058 milliard de DEM. Ces réserves ont été et seront inscrites au bilan comme réserves spéciales d'IBB.

(24) L'Office fédéral de contrôle du crédit a fixé les fonds propres de garantie de LBB à 3,127714 milliards de DEM au 31 décembre 1992, ce qui correspondait à une augmentation de 1,902714 milliard de DEM. Dans le cadre de cette évaluation, l'Office a pris en considération l'augmentation du capital à concurrence de 187,5 millions de DEM et les réserves constituées par les bénéfices de WBK, hors exédent

([6]) Depuis le 1er mai 2002, après la fusion des offices de contrôle des banques, des assurances et des bourses: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BAFin).

([7]) JO C 141 du 14.6.2002, p. 2.

([8]) Considérants 32 *sqq*. et 141 de la décision de la Commission relative à une aide à la restructuration accordée par l'Allemagne à Bankgesellschaft Berlin AG (pas encore publiée au Journal officiel).

([9]) Considérants 32 *sqq*. et 141 de la décision de la Commission relative à une aide à la restructuration accordée par l'Allemagne à Bankgesellschaft Berlin AG (pas encore publiée au Journal officiel).

annuel de 1992. Les années suivantes, les fonds propres de garantie d'IBB inscrits en tant que réserves spéciales n'ont cessé d'augmenter.

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

(25) Conformément à la directive 89/647/CEE du Conseil du 18 décembre 1989 relative à un ratio de solvabilité des établissements de crédit ([10]) (ci-après dénommée «directive sur la solvabilité») et à la directive 89/299/CEE du Conseil du 17 avril 1989 concernant les fonds propres des établissements de crédit ([11]) (ci-après dénommée «directive sur les fonds propres»), sur la base desquelles la loi sur le crédit (Kreditwesengestz — ci-après dénommée «KWG») a été modifiée pour la quatrième fois en 1993, les banques sont tenues de disposer de fonds propres à hauteur d'au moins 8 % de leurs actifs à risques pondérés. Au moins 4 points de pourcentage doivent représenter des «fonds propres de base» (capital de «première catégorie») comprenant des éléments du capital dont l'établissement de crédit peut disposer directement et de façon illimitée afin de couvrir les risques et les pertes éventuelles dès qu'ils surviennent. Les fonds propres de base sont d'une importance capitale, dans la mesure où les «fonds propres complémentaires» (fonds propres de «deuxième catégorie») ne sont reconnus comme garantie des activités à risques d'une banque qu'à hauteur des fonds propres de base disponibles. Dans le cadre de la quatrième loi de modification du KWG, les banques allemandes devaient se mettre en conformité avec les nouvelles dispositions en matière de fonds propres de base avant le 30 juin 1993.

4. *RÉPERCUSSIONS DE LA CESSION SUR LE RATIO DE FONDS PROPRES DE LA LBB*

(26) Selon les autorités allemandes, la nouvelle législation n'a pas joué un rôle déterminant dans le transfert de WBK à LBB, puisque cette dernière n'avait manifestement nul besoin de recourir aux réserves sur bénéfices non distribués de WBK pour satisfaire aux nouvelles exigences en matière de fonds propres. Toutefois, dans le sillage de la réunification allemande, au début des années 90, les perspectives de croissance, à Berlin en particulier, étaient très prometteuses, générant ainsi un potentiel de développement des activités dans le secteur financier. Toutefois, les banques désireuses d'étendre sensiblement leur volume d'affaires se devaient de renforcer leur dotation en fonds propres, notamment afin de répondre aux nouvelles exigences en matière de solvabilité. Ainsi, grâce au transfert de WBK, LBB a pu renforcer sa dotation en fonds propres de manière notable pour ses opérations de crédit commerciales concurrentielles, ce qui lui a permis d'étendre considérablement ses activités.

(27) La LBB a versé ou verse encore une rémunération moyenne de 0,25 % ([12]) pour l'utilisation des réserves spéciales d'IBB, mais uniquement sur les montants effectivement mobilisés. La rémunération est versée à IBB et non pas au Land de Berlin. Il convient de prendre en considération que la partie des réserves spéciales d'IBB utilisable comme capital de garantie était nettement plus élevée que les montants utilisés. Ce n'est qu'à partir de 1995 que des montant ont été mobilisés à des fins de garantie.

III. **MOTIFS D'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE**

(28) Le principe de «l'investisseur opérant dans une économie de marché» constituait le point de départ de l'analyse de la Commission. À cet égard, le simple fait que des entreprises appartiennent aux pouvoirs publics et bénéficient à ce titre d'apports de capitaux, ne signifie pas nécessairement que l'on se trouve en présence d'une aide d'État. En revanche, on considère que ces entreprises sont favorisées par l'apport de ressources d'État lorsqu'un investisseur public met des fonds propres à leur disposition à des conditions qu'elles n'auraient pu obtenir dans des conditions normales de marché.

(29) La Commission a estimé qu'il convenait donc en l'espèce de vérifier si le Land de Berlin avait mis à disposition les ressources en cause dans des conditions auxquelles un investisseur privé — «l'investisseur opérant dans une économie de marché» — jugerait également acceptable de mettre des ressources à la disposition d'une entreprise privée. Une mise à disposition de ressources est notamment à considérer comme inacceptable pour un actionnaire opérant dans une économie de marché lorsqu'il ne paraît pas justifié d'escompter un rapport conforme au marché pour les capitaux investis dans un délai raisonnable.

(30) Selon la Commission, on peut difficilement considérer qu'un taux moyen de 0,25 % constitue une rémunération appropriée pour le Land, alors que le taux à long terme sans risque (emprunts fédéraux sur dix ans) s'élevait à 7 % au moins fin 1992. La Commission a en outre remarqué que la rémunération n'était pas versée directement au Land, mais à IBB, qui est en réalité une division de LBB, même s'il s'agit d'un établissement de droit public dépourvu de la personnalité juridique faisant fonction d'organisme central de soutien des investissements du Land au sein de LBB et jouissant d'une autonomie en matière de gestion et d'organisation. De plus, les montants utilisés, pour autant que l'on sache, étaient sensiblement inférieurs aux montants et aux parties des réserves spéciales utilisables par la LBB comme fonds propres de garantie. Toutefois, cette dotation en fonds propres aurait justement permis à LBB de renforcer sa capacité d'octroi de prêts et ainsi d'accroître son volume d'affaires.

(31) Dans le cadre de son appréciation provisoire, la Commission a noté que les informations relatives au capital de garantie, à l'utilisation et à la rémunération étaient lacunaires, voire inexistantes, et a donc dans un premier

([10]) JO L 386 du 30.12.1989, p. 14, abrogée et remplacée par la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 126 du 26.5.2000, p. 1).

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

([12]) Manifestement il s'agit de 0,25 % avant impôts et de 0,11 % après impôts d'après ce qu'il ressort d'une remarque figurant dans un tableau pertinent transmis, qui porte sur la période 1995-1998; il n'est toutefois apporté aucune précision sur la nature des impôts en question.

temps retenu une valeur provisoire de «2 milliards de DEM environ» pour les capitaux cédés et mobilisables.

(32) La Commission a néanmoins reconnu que les réserves spéciales n'ont pas procuré de liquidités à LBB, car ces réserves, constituées des bénéfices non distribués de WBK inscrits comme réserves spéciales d'IBB, devaient servir en priorité, en vertu de la loi du 25 novembre 1992 portant création d'IBB, et sans préjudice de leur fonction en tant que fonds propres de garantie au sens du KWG, au financement des activités de promotion d'IBB, et la LBB ne pouvait recourir directement aux fonds cédés dans le cadre de ses opérations de crédit. Dans ces circonstances, pour réaliser pleinement son potentiel de développement, LBB devait intégralement refinancer le volume de prêts supplémentaire sur le marché des capitaux, de sorte que le Land ne pouvait s'attendre à percevoir la même rémunération que celle que percevrait un investisseur pour un apport liquide.

(33) Pour le calcul d'une rémunération sur la base du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché, la Commission a indiqué qu'elle entendait, à ce stade, compte tenu des particularités de l'opération en cause, appliquer la méthode exposée dans sa décision 2000/392/CE.

(34) Selon cette méthode, le calcul de la rémunération appropriée du capital utilisable aux fins de garantie des activités commerciales se base sur la rémunération habituelle pratiquée sur le marché pour des investissements liquides classiques dans le capital social d'une entreprise. Ensuite, il sera procédé à des majorations ou à des déductions éventuelles, afin de prendre en compte les particularités de la mesure en cause (avant impôts sur les investissements). La prise en compte de l'illiquidité de l'investissement dans le capital social implique par ailleurs la déduction des frais nets de refinancement (les frais bruts de refinancement après déduction des impôts en vigueur, en particulier l'impôt sur les sociétés).

(35) L'Allemagne avait indiqué que LBB avait toujours affiché des rendements élevés, que ce soit avant ou après la cession, et que ses rendements de fonds propres étaient de 5,37 % en 1991, de 13,5 % en 1992 et de 30,83 % en 1993. À cet égard, la Commission a constaté qu'il n'avait été fourni aucune précision quant aux bases de calcul utilisées. Sans information complémentaire, il est impossible de vérifier cet argument avancé par l'Allemagne et censé prouver que la mesure n'a aucun caractère d'aide. Les autorités allemandes avaient également expliqué que le Land de Berlin avait reçu une rémunération correcte pour la fonction de garantie du capital d'IBB du point de vue de la législation prudentielle, grâce à la vente à BGB de la participation tacite en 1994 et des droits aux bénéfices en 1998 — sans IBB pour les deux opérations. Ici aussi, les informations s'avéraient insuffisantes.

(36) En résumé, la Commission a constaté qu'il manquait des informations essentielles pour qu'elle puisse se livrer à une appréciation adéquate et suffisamment détaillée de l'injection de capital et de sa rémunération. Elle a donc invité le gouvernement fédéral, dans sa décision d'ouvrir la procédure, à lui fournir ces informations, notamment un aperçu complet de tous les fonds cédés, de la part que représentent les fonds propres de garantie de LBB dans ces fonds, de l'utilisation ainsi que des rémunérations, des motifs justifiant la rémunération, des bases de calcul utilisées pour le rendement des fonds propres de LBB, de même que des données chiffrées actualisées et l'ensemble des facteurs qui, selon l'Allemagne, prouvent que le rendement versé était bien conforme au marché.

(37) D'après les informations dont elle dispose, la Commission doute toutefois sérieusement que le Land de Berlin ait reçu une rémunération et/ou un rendement conforme au marché pour la cession de quelque 2 milliards de DEM dont LBB a manifestement pu disposer en quasi-totalité au titre de fonds propres de garantie, ce qui lui a conféré un avantage par rapport à ses concurrents. La Commission est parvenue à la conclusion préliminaire que cette mesure faussait ou menaçait de fausser la concurrence et — compte tenu de l'intégration croissante des marchés des services financiers — affectait les échanges entre les États membres. On pouvait donc considérer que cette mesure constituait vraisemblablement une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE. En l'absence de l'application, dans le cas présent, de l'une ou l'autre des dérogations prévues à l'article 87, paragraphes 2 et 3, du traité CE, la Commission supposait que, pour autant qu'il y ait une aide, sa compatibilité avec le marché commun était sujette à caution.

(38) Puisque ni l'Allemagne, ni d'autres personnes morales ou physiques n'ont fait valoir que LBB fournissait des services d'intérêt économique général au sens de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE, la Commission ne pouvait conclure à une autorisation des aides sur la base de cet article. La Commission a estimé que ce point n'était pas pertinent pour l'appréciation de la mesure en cause au stade d'une décision de clôture de la procédure, pour autant que cette situation reste inchangée.

(39) La Commission a en outre expliqué que, dans le cadre de son appréciation préliminaire et conformément à l'article 1er, point b), du règlement (CE) nº 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE ([13]), elle estimait que la mesure constituait, si tant est qu'il s'agisse d'une aide, une aide nouvelle et non une aide existante. Dans ce contexte, la Commission renvoie à l'article 15, paragraphe 2, dudit règlement et souligne que le délai de prescription a été interrompu par les mesures décrites dans la décision d'ouvrir la procédure, telles que les lettres de la Commission du 12 janvier 1993, du 10 novembre 1993, du 13 décembre 1993 et du 1er septembre 1999, la décision d'ouvrir la procédure en cause elle-même ainsi que la décision d'ouvrir la procédure et la décision finale 2000/392/CE dans l'affaire WestLB. Étant donné que l'aide potentielle n'a pas été notifiée et que sa mise en œuvre est effective, la Commission a également constaté que la décision d'ouvrir la procédure n'a rien ajouté à l'effet suspensif de l'article 88, paragraphe 3, du traité CE, pour ce qui est de l'obligation qui incombe à l'Allemagne de ne pas mettre en œuvre la mesure avant que la Commission ne rende sa décision finale.

([13]) JO L 83 du 27.3.1999, modifié par l'acte d'adhésion de 2003.

IV. POSITION DE L'ALLEMAGNE

(40) Dans ses observations, l'Allemagne a tout d'abord indiqué les raisons qui ont motivé la cession de l'ancienne WBK (devenue IBB) et a expliqué que l'objectif poursuivi à l'époque par le Land était de créer un «groupe bancaire puissant», une perspective intéressante pour les établissements de crédits fusionnés, pour le propriétaire, le Land de Berlin, et pour la position de celui-ci en tant que place bancaire. À cet égard, les autorités allemandes ont a nouveau souligné que la nécessité de respecter les ratios de fonds propres de LBB en vertu des nouvelles règles de solvabilité — contrairement à ce qui s'est produit dans le cas de WestLB — n'a joué aucun rôle dans la décision relative à la cession, comme le prouve d'ailleurs le fait que LBB n'ait pas recouru aux fonds propres de garantie d'IBB (anciennement WBK) avant fin 1995.

(41) L'Allemagne a confirmé que sur les fonds propres de garantie de LBB déterminé au 31 décembre 1992 en vertu des règles prudentielles, 1,902714 milliard de DEM correspondaient à l'augmentation due à l'apport de fonds, dont 187,5 millions de DEM étaient attribuables à l'augmentation du capital de LBB ([14]) et 1,715214 milliard de DEM aux bénéfices non distribués de WBK, sans prise en compte de l'exédent annuel de 190,586 millions de DEM. Après le 31 décembre 1992, c'est-à-dire à compter du 1er janvier 1993, toutes les attributions de WBK ont été transférées à IBB avant que celle-ci ne soit cédée à LBB. Le capital transféré et les réserves spéciales ont été mis à la disposition de LBB après le 31 décembre 1992, c'est-à-dire à compter du 1er janvier 1993, au titre de capital de garantie.

(42) Selon l'Allemagne, au cours des années suivantes, les réserves spéciales d'IBB n'ont cessé de croître. À noter cependant que LBB ne disposait pas intégralement des réserves spéciales d'IBB, une partie de celles-ci étant requise chaque année pour garantir les activités de promotion d'IBB. Le gouvernement allemand a transmis les données annuelles précises pour la période 1993-2003, qui sont regroupées dans le tableau figurant au considérant 149 ci-dessous.

(43) Au moment où IBB a été séparée de LBB, les réserves spéciales ont été rétrocédées au Land de Berlin au 1er septembre 2004, qui en a cédé une partie à LBB sous la forme de deux apports tacites totalisant environ 1,1 milliard d'euros.

(44) Le capital d'IBB repris à l'époque, qui s'élevait à 187,5 millions de DEM, a été maintenu dans le capital de LBB. LBB a à son tour été revendue à BGB en 1994 (75,01 % des parts) et en 1998 (24,99 % des parts).

(45) L'Allemagne a également complété les autres données. Elle a à nouveau expliqué que seule une partie des réserves spéciales avait effectivement été mobilisée aux fins de garantie. Les montants partiels mobilisés dans le cadre de la fonction de garantie à partir de décembre 1995 variaient entre 212 millions de DEM environ en 1995 et un peu plus de […] (*) milliards de DEM au cours des dernières années. Les rémunérations versées à IBB à partir de décembre 1995, limitées aux montants utilisés (compris entre un peu plus de un million de DEM pour 1995-1996 et […] millions de DEM pour 2001), étaient calculées sur une base mensuelle avec un taux d'intérêt variant entre 0,2 % (1998) et 0,35 % (1996) au cours de la période considérée. Les montants précis indiqués par l'Allemagne sont repris dans le tableau figurant au considérant 147.

(46) Pour justifier la fixation de la rémunération d'une mobilisation éventuelle des réserves spéciales d'IBB, l'Allemagne a renvoyé à une décision du directoire de juin 1993, qui prévoit notamment que «... la Investitionsbank Berlin doit rémunérer la charge qui pèse sur les fonds propres (mobilisation) à hauteur du montant utilisé nécessaire pour emprunter des capitaux subordonnés». En 1995, cette décision s'est concrétisée en ce sens que cette rémunération a été assimilée à une majoration au titre de la subordination des emprunts. La raison invoquée ici était que LBB aurait pu à la place emprunter des capitaux de second rang sur le marché, dont elle aurait intégralement disposé, tirant ainsi parti à la fois de leur fonction de garantie et de leur fonction de rendement.

(47) Or, les réserves spéciales d'IBB ne remplissant qu'une fonction de garantie, la différence entre le taux d'intérêt appliqué aux capitaux empruntés classiques qui ne remplissent pas cette fonction de garantie, et celui appliqué aux capitaux à qui revient aussi une fonction de garantie, a été déterminée comme le «prix» d'achat de la fonction d'utilisation. Cette majoration a été calculée en points de base par rapport au Libor (London Interbank Offered Rate), à partir des données propres à l'entreprise ou de données externes relatives aux prêts subordonnés. Les bases de calcul et les données statistiques ont été annexées à la présente.

(48) Pour justifier la décision de ne rémunérer que la partie utilisée des réserves spéciales d'IBB, l'Allemagne invoque, entre autres, le fait que les réserves spéciales sont en priorité à la disposition d'IBB et que, si elles s'avéraient insuffisantes, c'est à LBB qu'il incomberait en priorité de réduire ses actifs à risques ou d'emprunter des capitaux de second rang sur le marché. Le Land de Berlin est habilité, en tant que propriétaire d'IBB, à retirer à tout moment une partie des fonds des réserves spéciales.

(49) Dans ce contexte, l'Allemagne a en outre expliqué que la liquidité des réserves spéciales d'IBB est globalement liée aux activités existantes d'IBB et que LBB ne peut en disposer en tant que telle. En effet, IBB doit garantir elle-même les prêts qu'elle accorde avec ses fonds propres en recourant aux réserves spéciales. Les autorités allemandes ont indiqué qu'en raison de ces particularités, le capital de WBK n'est en aucun cas comparable à un investissement dont on peut disposer librement et que dès lors, seule la fonction de garantie, et partant, de développement des activités, est en cause.

(50) Que la rémunération soit versée au Land ou à IBB est sans intérêt en l'espèce, puisque le Land, en tant que détenteur à la fois d'IBB et de LBB, en tirerait de toute façon des avantages — soit sous forme de plus-values ou de distributions de dividendes de LBB soit grâce aux sommes affectées aux réserves spéciales d'IBB, qui reviennent au Land.

([14]) Ce montant n'est plus pris en compte dans les actifs depuis lors.

(*) Informations confidentielles; désignées ci-après par le signe […].

(51) Au-delà de ces explications concernant la rémunération directe, plus fondamentalement, l'Allemagne soutient cependant que dans le cadre d'une décision d'investissement, celle-ci n'est pas le critère, ou du moins pas le seul critère, entrant en ligne de compte et que «suivant la jurisprudence... il y a lieu d'établir une différence entre d'un côté l'investisseur qui ne détient qu'une participation marginale dans l'entreprise concernée, sans d'ailleurs aspirer à plus, et dont le seul objectif est d'obtenir le plus rapidement possible un rendement pour son placement, et de l'autre, les investisseurs qui visent le long terme, par exemple les holdings». Ces derniers sont motivés par des perspectives de rendement à long terme et leurs décisions reposent dès lors aussi sur des considérations stratégiques.

(52) Le Land en tant que propriétaire à 100 % de LBB avait supposé, à l'époque de l'investissement, qu'il profiterait directement et pleinement de l'augmentation de la valeur de LBB résultant de l'absorption de WBK. Selon le critère d'appréciation de la Commission dans sa décision 2000/392/CE ([15]), «un apport de capitaux doit notamment être considéré comme inacceptable par un actionnaire opérant dans les conditions d'une économie de marché lorsque la situation financière de l'entreprise est telle qu'il ne paraît pas justifié d'escompter un rendement normal (en dividendes ou en valeur) des capitaux investis dans un délai raisonnable.» En l'occurrence, c'est le rendement escompté à la date de la décision d'investissement qui est l'élément déterminant.

(53) Comme l'Allemagne l'a tout d'abord expliqué, LBB a obtenu un rendement des capitaux propres de 13,5 % en 1992 et de 30,83 % en 1993. Ces rendements, communiqués dès 1999, correspondent au ratio «résultat avant impôt (sur les bénéfices)/fonds propres inscrits au bilan au début de la même année». Il apparaît toutefois que l'Allemagne, lors de la transmission de ces données, avait omis d'intégrer les réserves spéciales d'IBB dans les fonds propres de LBB à partir de 1993. À la requête de la Commission, l'Allemagne a rectifié cette erreur dans les séries de données couvrant une période plus longue, qu'elle lui a transmises. Pour la période 1985-1992, selon ces données, le rendement moyen des fonds propres se situait autour de 13 %.

(54) Les autorités allemandes ont précisé que ces chiffres se situaient dans la fourchette des valeurs enregistrées par les banques privées allemandes au cours de la période considérée. Initialement, on ne disposait toutefois pas de données comparables, au plan de la méthode, concernant d'autres banques. Par la suite, les autorités allemandes ont transmis des calculs qu'elles avaient effectués elles-mêmes sur la base des comptes de profits et pertes de 35 banques allemandes rendus publics ([16]). Sur la base du ratio «résultat avant impôt/fonds propres inscrits au bilan au début de la même année», il ressort de ces données que les banques concernées affichaient un taux moyen de rendement des fonds propres de 11 % environ pour 1992 et d'un peu moins de 13 % pour la période 1988-1992.

(55) Le gouvernement allemand a en outre indiqué que pour une décision d'investissement, la rentabilité jouait un rôle crucial d'un point de vue économique et que, dans le cas d'une banque, la meilleure façon de l'apprécier était de considérer le rapport entre les opérations courantes ou le résultat d'exploitation et les fonds propres inscrits au bilan, car ainsi il n'est pas tenu compte des produits et dépenses exceptionnels. Il s'avère qu'au cours de la période 1990-1992, LBB a réalisé des opérations exceptionnelles qui ont influé sur son résultat, notamment l'intégration de la «Sparkasse Ost» et, entre autres, la mise en place consécutive d'un régime de retraite propre impliquant le paiement d'un montant de rachat au titre du retrait de la caisse de retraite de la République fédérale et des Länder (Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder), ainsi que les provisions pour risques au titre des risques bancaires généraux de l'ancienne «Sparkasse Ost».

(56) En ce qui concerne l'obtention de rendements des fonds propres d'autres banques comparables au plan de la méthode, l'Allemagne a précisé que l'obligation de présenter séparément le résultat exceptionnel et le résultat des opérations courantes dans le compte de profits et pertes n'existe que depuis 1993, ce qui n'est pas comparable à la méthode qui prévalait avant 1993, car jusque-là, le poste «produits et dépenses exceptionnels» — comme d'autres postes — était intégré au compte «autres produits et dépenses» et n'était donc pas exactement identifiable. Pour la période précédant cette modification, l'Allemagne a transmis ses propres calculs. Là aussi, au cours de la procédure, l'Allemagne a corrigé ou complété la méthode de calcul du rendement des fonds propres de LBB, afin de rendre les chiffres de LBB globalement comparables aux données officielles de la Bundesbank relatives aux banques allemandes. Selon l'Allemagne, cela n'a rien changé à l'appréciation fondamentale selon laquelle les rendements des fonds propres de LBB se situent dans la fourchette moyenne pour ce secteur d'activités.

(57) Tous ces chiffres démontrent, aux dires de l'Allemagne, que LBB était une entreprise rentable à l'époque de l'apport des capitaux. Le Land de Berlin, en tant qu'actionnaire unique, était le seul à profiter du succès commercial de la banque, que ce soit sous forme de dividendes ou de plus-values. Le Land n'a donc pas dû partager la hausse de rendement escomptée avec d'autres actionnaires et le transfert, qui est quasiment assimilable à un transfert «interne au groupe», atteste d'un comportement raisonnable du point de vue d'un investisseur opérant dans une économie de marché. Dès lors, il importe bien peu de savoir si LBB a versé une rémunération pour l'apport de capitaux, et à quelle hauteur, pour apprécier la nature de la cession au regard des principes de l'économie de marché.

(58) Dans sa décision 2000/392/CE, la Commission a explicitement retenu ce critère d'évaluation: «L'un des moyens d'obtenir un rendement approprié de l'apport de capitaux aurait pu être une modification de la participation détenue par le Land dans la WestLB, si la rentabilité générale de la banque correspond au rendement normal escompté par un investisseur opérant dans une économie de marché. Il aurait

([15]) Voir note 2, considérant 162.

([16]) Les comptes de profits et pertes issus de la base de données «Hoppenstedt» sur les entreprises; parmi les 35 banques sélectionnées figurent 4 grandes banque privées, 5 autres banques privées, 17 établissements de droit public, 2 banques coopératives et 7 banques de crédit hypothécaire.

été inutile de se demander si une rémunération de 0,6 % était appropriée ou non. De toute façon, le Land n'a pas opté pour cette solution ([17]).»

(59) Dans ce contexte, l'Allemagne a par ailleurs déclaré que le Land a profité de l'augmentation de la valeur de LBB par absorption du capital de WBK à la suite du transfert de LBB à BGB. La cession de 100 % de la propriété économique de LBB à BGB a été réalisée en trois étapes, en 1994 et 1998, sur la base d'expertises émanant de différentes sociétés d'audit et d'une banque d'affaires chargées d'apprécier la valeur de la participation tacite du land cédée à LBB et de vérifier si les contreparties, c'est-à-dire les actions BGB cédées, étaient conformes au marché, également par rapport aux autres actionnaires. L'Allemagne a transmis des extraits pertinents de ces rapports d'expertise, accompagnés de la correspondance avec les commissaires aux comptes y relative. La valeur de LBB a été estimée à 3,5 milliards de DEM (sans IBB elle-même, mais compte tenu de l'augmentation du ratio de fonds propres de base de LBB due aux réserves spéciales) en 1993 et à un peu moins de 6 milliards de DEM au 31 décembre 1997 dans le cadre d'une autre expertise.

(60) De plus, l'Allemagne avance — à titre subsidiaire — que la méthode appliquée dans la décision 2000/392/CE est erronée, car elle se fonde sur l'hypothèse d'une comparabilité avec des investissements liquides normaux dans le capital social. Cette approche ne prend pas en compte les particularités qui caractérisent l'opération en cause. Il serait plus opportun de se baser, à commencer pour la valeur de référence, sur des instruments de fonds propres comparables. Certes, cela est sans doute difficile, comme l'a expliqué la Commission dans l'affaire WestLB, mais retenir comme base un instrument de fonds propres parfaitement inapproprié, pour éluder en quelque sorte les difficultés, n'est pas une solution.

(61) De plus, il est erroné de retenir comme critère un rendement moyen. Seul un rendement se situant au-dessous de la fourchette qui sert de marge d'appréciation aux investisseurs ne serait pas non plus acceptable pour un investisseur privé. Enfin, il n'est pas correct de se limiter à déduire les frais de refinancement nets au lieu de déduire les frais de refinancement dans leur intégralité. Les éventuelles économies d'impôts réalisées par l'entreprise ne présentent aucun intérêt du point de vue de l'investisseur. Un autre argument permet aussi de montrer à quel point cette approche est inacceptable; en effet, dans le cas d'une mise à disposition de capital non liquide, l'investisseur peut continuer à bénéficier de la fonction de rendement du capital, en le plaçant à nouveau et en obtenant au moins les intérêts sans risque, c'est-à-dire un rendement «double».

(62) De plus, l'Allemagne a avancé qu'une fois passé le délai de prescription (article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) nº 659/1999), la Commission n'est plus habilitée à récupérer des aides éventuelles. La décision de principe concernant la cession de WBK avait déjà été prise le 16 juin 1992, soit plus de dix ans avant l'ouverture de la procédure notifiée le 4 juillet 2002. En l'occurrence, l'intention première avait été de fusionner les participations bancaires du Land et WBK dans un holding (qui deviendra plus tard BGB), pour autant que la poursuite des activités de promotion de WBK, sa mission de service public et l'exonération fiscale soient garanties. Cette décision était connue depuis lors et la Commission avait été informée de la date de cette décision en 1999.

(63) Dans plusieurs décisions, la Commission a estimé que la déclaration d'intention de la collectivité compétente — même sous certaines réserves — est à considérer comme la date de mise en œuvre de l'aide. C'est d'ailleurs ce qu'a estimé la Commission dans sa décision relative à une aide au sauvetage accordée à BGB ([18]), par exemple, bien que la décision en cause du 22 mai 2002 n'ait pas encore été approuvée par le Parlement et la Commission.

(64) En outre, l'Allemagne considère qu'il n'y a pas eu d'interruption du délai de prescription conformément à l'article 15, paragraphe 2, deuxième phrase, du règlement (CE) nº 659/1999, dont il ressort que ce délai ne peut être interrompu que dans le cadre de mesures prise par la Commission. Or, le délai n'a été interrompu qu'avec la notification d'ouverture de la procédure en date du 4 juillet 2002, et non pas par les simples demandes de renseignements qui ne sauraient être considérées comme des mesures prises par la Commission ou le membre responsable de la Commission. Il convient en outre de prendre en considération le fait que le délai de prescription est censé garantir la sécurité juridique, en l'occurrence non seulement la sécurité juridique dans la relation Commission-États membres, mais aussi à l'égard du bénéficiaire de l'aide. Étant donné que c'est à l'occasion de la procédure d'ouverture que l'Allemagne a été invitée pour la première fois à transmettre une copie de la notification d'ouverture de la procédure au bénéficiaire de l'aide, ce qu'elle a fait le 9 juillet 2002, le délai n'a été interrompu qu'à cette date. Comme c'est la décision du 16 juin 1992 qui constitue apparemment la mesure en cause devant être soumise au contrôle des aides d'État, elle constituerait une aide existante, si tant est qu'il s'agisse d'une aide, conformément à l'article 15, paragraphe 3, du règlement (CE) nº 659/1999.

V. OBSERVATIONS DE TIERS

(65) Après la publication de sa décision d'ouvrir la procédure au Journal officiel ([19]), la Commission a reçu, en octobre et novembre, des observations de la Berliner Volksbank («BV») et du Bundesverband deutscher Banken.

(66) BV estimait que la cession de WBK constituait une aide, car les capitaux avaient été mis à disposition à des conditions qu'un investisseur opérant dans une économie de marché n'aurait jamais acceptées. Les versements ont été effectués par LBB au profit d'IBB, qui est elle-même une division de LBB; en outre, le taux d'intérêt convenu de 0,25 % est nettement inférieur aux taux normalement pratiqués sur le marché, comme le montrent par exemple les décisions 2000/392/CE (WestLB), ainsi que 95/547/CE ([20]) et 98/490/CE ([21]) (Crédit Lyonnais), où l'on a retenu un rendement minimal escompté des capitaux propres de 12 %. Cette aide entraîne une grave distorsion de la

([17]) Voir note 3, considérant 182.

([18]) NN 53/2001; décision de la Commission du 25 juillet 2001.

([19]) Voir note 1.

([20]) JO L 308 du 21.12.1995, p. 92.

([21]) JO L 221 du 8.8.1998, p. 28.

concurrence au niveau de la Communauté, et tout particulièrement à Berlin où BGB, y compris LBB, est le leader du marché des services de banque de détail offerts aux particuliers et aux entreprises (y compris Berliner Bank et Berliner Sparkasse). Comparativement, BV est un concurrent modeste qui ne possède que 5 à 7 % de parts de marché et elle est donc touchée de plein fouet par cette aide. Dans ces observations, BV conclut en demandant à la Commission d'ordonner la récupération des aides.

(67) Tout d'abord, le Bundesverband deutscher Banken explique que la procédure en cause s'inscrit dans un ensemble d'enquêtes menées par la Commission, qui concernent la cession d'organismes publics chargés de promouvoir la construction de logements (Wohnungsbauförderungsanstalten) relevant des Länder à des banques régionales exerçant des activités commerciales. Qui plus est, dans le cas de LBB aussi, contrairement à ce que prétendent les autorités allemandes, le durcissement des exigences en matière de fonds propres découlant de l'adoption de la directive sur la solvabilité aurait joué un rôle déterminant. C'est ce que corrobore déjà la date de la cession, tout comme d'ailleurs des déclarations du sénateur compétent à l'époque, qui s'était référé aux dispositions européennes plus strictes attendues en matière de fonds propres. Dans ces circonstances, il n'existe aucune différence, du point de vue de la réglementation sur les aides d'État, entre la cession à examiner en l'espèce de WBK à LBB et la cession de WfA à WestLB, de sorte que la méthode utilisée par la Commission dans sa décision 2000/392/CE est applicable.

(68) Le Bundesverband deutscher Banken a au demeurant précisé qu'en l'espèce, le problème ne se limitait pas aux réserves spéciales, mais concernait également l'apport du capital de WBK, d'un montant de 187,5 millions de DEM, au capital souscrit de LBB, qui constituait un avantage financier notable avec des effets sur la notation et les conditions auxquelles la banque peut emprunter des capitaux. Mais ce qui était encore plus important, c'était l'augmentation globale des fonds propres de base reconnus par l'Office fédéral de contrôle du crédit consécutive à la cession. Étant donné que, malgré l'utilisation prioritaire des réserves spéciales pour les activités de promotion, ce capital était intégralement utilisable à des fins de garantie, l'affectation précise importe peu. Ce qui est déterminant, c'est l'avantage économique lié à la fonction de développement des activités, d'autant plus que ce sont justement les fonds propres de base qui génèrent un formidable effet de levier (une capacité d'octroi de prêts multipliée par 12,5 dans le cas d'actifs affectés d'une pondération des risques de 100 %, comme par exemple pour les prêts aux entreprises, par 25 dans le cas d'actifs affectés d'une pondération des risques de 50 %, comme par exemple pour les prêts aux organismes publics). En empruntant des capitaux complémentaires avec, par exemple, un milliard d'euros de fonds propres avec une pondération des risques de 50 %, une banque pourrait même octroyer des prêts à concurrence de 50 milliards d'euros.

(69) Afin de déterminer ce qui est considéré comme une rémunération conforme au marché, le Bundesverband deutscher Banken a renvoyé à la méthode éprouvée et appliquée par la Commission dans sa décision 2000/392/CE et au taux de rendement conforme au marché de 12 % retenu comme référence, ainsi qu'aux majorations et déductions appliquées dans un deuxième temps au titre des particularités de l'opération en cause. En tout état de cause, la rémunération de 0,25 % versée à IBB ne saurait être considérée comme conforme au marché, pas plus que les ventes à BGB de la participation tacite et des droits aux bénéfices intervenues respectivement en 1994 et en 1998.

(70) D'une part, il n'est pas correct de limiter la rémunération aux montants effectivement utilisés et d'autre part, il n'est pas normal que LBB se soit en quelque sorte rémunérée elle-même et non pas le Land, IBB appartenant à LBB. En outre, l'argument de l'Allemagne selon lequel la fonction de garantie des réserves spéciales a été correctement rémunérée par la prise d'une participation tacite atypique de BGB dans LBB en 1994, n'est pas convaincant, car il manque des éléments importants concernant les valeurs et, plus fondamentalement, rien ne justifie de restreindre l'appréciation au point de vue du donneur d'aide. Au regard de la réglementation sur les aides d'État, les éléments déterminants sont la cession de WBK à LBB intervenue le 31 décembre 1992, les avantages qu'en a retirés LBB et, partant, les distorsions de concurrence, et non le fait que la dette liée à l'aide ait été réglée a posteriori. En outre, l'absorption de LBB par BGB constituait simplement une opération interne au groupe, dans la mesure où le Land était actionnaire majoritaire de BGB. Cela vaut également pour la cession des droits aux bénéfices à BGB, qui s'élevaient à 24,99 % en 1998. En tout état de cause, il apparaît que jusqu'en 1998, les éléments d'aide n'ont jamais été complètement supprimés.

(71) À une date ultérieure, bien après l'expiration du délai accordé, en vertu du règlement (CE) nº 659/1999, aux parties intéressées pour présenter leurs observations, le Bundesverband deutscher Banken a apporté des précisions sur ce point, en expliquant notamment que la valeur vénale de LBB ou de la participation tacite dans LBB communiquée dans le cadre de la constitution de BGB n'intégrait pas IBB; selon le Bundesverband deutscher Banken, il semble dès lors exclu que la valeur vénale de la participation tacite dans LBB ait pu comprendre la fonction de garantie des réserves spéciales d'IBB.

(72) S'agissant du délai de récupération de l'aide fixé à dix ans conformément aux dispositions de l'article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) nº 659/1999, le Bundesverband deutscher Banken a expliqué qu'avec la loi portant création d'IBB, ce délai ne courait qu'à compter du 31 décembre 2002 et qu'il ne pouvait donc expirer au plus tôt que le 31 décembre 2002. Ce délai a cependant été interrompu par des mesures prises par la Commission comme le prévoit l'article 15, paragraphe 2, du règlement (CE) nº 659/1999. Cette disposition est à interpréter au sens large et inclut tout acte de la Commission dans le cadre des enquêtes, comme par exemple les demandes de renseignements. Une interprétation plus large de cette disposition est fournie par le règlement (CEE) nº 2988/74 du Conseil du 26 novembre 1974 relatif à la prescription en matière de poursuites et d'exécution dans les domaines du droit des transports et de la concurrence de la Communauté économique européenne ([22]), qui stipule que par «interruption» il faut entendre «tout acte … visant à l'instruction ou à la poursuite de l'infraction». Au reste, l'Allemagne avait elle-même demandé à la Commission d'attendre la clarification

([22]) JO L 319 du 29.11.1974, p. 1. Règlement modifié par le règlement (CE) nº 1/2003 (JO L 1 du 4.1.2003, p. 1).

des questions litigieuses évoquées dans l'affaire WestLB et, pour ce seul motif, elle ne pouvait donc invoquer la prescription.

VI. COMMENTAIRE DE L'ALLEMAGNE SUR LES OBSERVATIONS DE TIERS

(73) Dans son commentaire du 16 décembre 2002, l'Allemagne a renvoyé pour l'essentiel à ses propres observations sur la décision d'ouvrir la procédure et à son argumentation selon laquelle en l'espèce, on ne se trouverait pas en présence d'une aide. En outre, elle s'est limitée à un commentaire sommaire sur les différents points soulevés dans les observations des deux tiers.

(74) En ce qui concerne l'évaluation de BV et du Bundesverband deutscher Banken, qui considèrent que le transfert de WBK constitue une aide d'État, l'Allemagne a estimé qu'il convenait de ne pas se borner à considérer la rémunération mensuelle, mais plutôt des valeurs de référence comme par exemple- selon le type d'apport de capital — le rendement (d'un prêt), y compris les garanties, les dividendes ou les plus-values sur le capital. À l'époque concernée, soit 1992/1993, LBB affichait une bonne rentabilité, si bien que le transfert du capital de WKB dans le capital de garantie de LBB s'avérait une opération judicieuse au plan économique. Les cas WestLB et LBB ne seraient donc absolument pas comparables, contrairement à ce que prétendent le Bundesverband deutscher Banken et BV. Par ailleurs, compte tenu de la procédure judiciaire en cour (à l'époque) dans l'affaire WestLB, il est erroné de qualifier la méthode appliquée de méthode éprouvée comme le fait le Bundesverband deutscher Banken.

(75) À la différence de ce que considère le Bundesverband deutscher Banken, il est incontestable, comme cela a d'ailleurs été dit dans la décision d'ouverture de la procédure, que la cession de WBK a permis, outre le recours à la fonction de garantie des réserves spéciales par LBB, l'augmentation des fonds propres inscrits au bilan de LBB de 187,5 millions de DEM, montant en outre reconnu comme capital de garantie en vertu des règles prudentielles. La question de savoir dans quelle mesure il faut considérer des fonds propres inscrits au bilan comme un avantage financier, ne se pose pas en l'espèce, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire WestLB, car il n'y a pas lieu d'établir de distinction entre les éléments du capital reconnus en vertu de la réglementation prudentielle et ceux non reconnus. Ni l'augmentation des fonds propres inscrits au bilan ni les réserves cédées ne constituent une aide (voir considérants 40 à 64).

(76) En outre, il est erroné de supposer qu'en disposant d'un milliard d'euros de fonds propres de base, on pourrait accorder des prêts à concurrence de 50 milliards d'euros. Il est certes indiscutable que la reconnaissance au plan prudentiel des réserves spéciales d'IBB leur confère une fonction de garantie et de développement des activités, mais c'est oublier que l'avantage se limite aux montants effectivement utilisés par LBB. À cela s'ajoute le fait que l'effet de levier imaginé (1 pour 50) est dénué de tout fondement.

(77) L'application du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché impose de prendre comme référence un investisseur qui se trouve dans une situation analogue. Dans l'opération en cause, le Land en tant qu'investisseur a pris la décision de lier la liquidité des réserves spéciales aux activités d'IBB et de ne pas mettre ce capital à la disposition de LBB à des fins de financement. Le Land obtient des rendements propres grâce à ce capital (voir considérants 40 à 64). Par ailleurs, le Land a toujours à sa disposition exclusive le capital spécial d'IBB, même après le transfert de LBB à BGB. C'est pourquoi il est inexact de prétendre que la LBB, en payant IBB, se serait finalement payée elle-même. De plus, il est courant qu'un investisseur opérant dans une économie de marché cède des droits aux bénéfices à des tiers, en particulier lorsque ces tiers sont une entreprise ou des capitaux dont l'investisseur est l'unique propriétaire.

(78) Enfin, en ce qui concerne les observations de BV et la comparaison qu'il établit à propos des parts de marché détenues par BV et BGB, il est précisé que la position de BV sur le marché berlinois est plus solide que ce que prétend BV. Il s'agirait en effet du deuxième établissement de crédit par ordre d'importance et il possèderait des parts de marché s'élevant à 60-70 % des valeurs correspondantes de BGB, et même dans le domaine des placements pour les particuliers, elles s'élèveraient encore à un tiers environ de la part de marché de BGB.

VII. ACCORD ENTRE LE BUNDESVERBAND DEUTSCHER BANKEN, LE LAND DE BERLIN ET LBB

(79) Le 7 octobre 2004, les autorités allemandes ont informé la Commission des résultats relatifs à un accord entre le plaignant, à savoir le Bundesverband deutscher Banken, le Land de Berlin et LBB. Sans préjudice des conceptions juridiques de principe qui demeurent valides, les parties ont convenu de paramètres qu'elles considéraient comme acceptables dans le cadre de la fixation d'une rémunération appropriée pour les actifs de WBK. Les parties demandent à la Commission de tenir compte de la teneur de cet accord dans sa décision.

(80) Les parties ont tout d'abord fixé une rémunération minimale appropriée de 10,19 % pour les réserves spéciales de WBK en se basant sur la méthode déjà décrite en détail dans la décision 2000/392/CE. Étant donné que le Land de Berlin en est l'unique propriétaire, il n'a pas été appliqué de majoration en compensation, par exemple, de l'absence de droits de vote. Il a finalement été convenu d'une déduction de 3,62 % pour compenser l'absence de liquidité du capital (sur la base du taux d'intérêt sans risque, comme frais de refinancement bruts, dont environ 50 % d'impôts sur les sociétés plus la majoration de solidarité aux fins de la détermination des frais de refinancement nets). La rémunération appropriée obtenue s'élevait donc à 6,57 %.

(81) En revanche, l'accord reste muet sur la rémunération de la partie du capital de WBK non utilisable par LBB dans le cadre de ses activités commerciales.

(82) En ce qui concerne le transfert du capital d'IBB, soit 187,5 millions de DEM, dans le capital de LBB, il n'a été prévu aucune déduction pour compenser les frais de refinancement, dans la mesure où il s'agit en l'occurrence d'un capital liquide. Étant donné que le transfert de ce

capital à BGB s'est fait en deux étapes, en 1994 et en 1998, les parties ont considéré que ce capital ne devait être rémunéré — à chaque fois au prorata — que jusqu'aux dates de ces deux opérations.

(83) Quant à la prise en compte d'une éventuelle plus-value consécutive à l'absorption de LBB, les parties n'ont pas trouvé d'accord. Selon la Landesbank, la cession de LBB en 1994 et en 1998 a généré une plus-value.

VIII. APPRÉCIATION DES AIDES

1. *LA QUESTION FONDAMENTALE DE LA PRESCRIPTION*

(84) Eu égard à une possible prescription d'une demande de remboursement, l'Allemagne a déclaré comme date pertinente le 16 juin 1992, date d'une décision du sénat de Berlin portant création d'un holding de banques berlinois. Dans cette décision, que possède la Commission, il a cependant simplement été convenu «de procéder à une restructuration des participations des banques de Berlin». Il est «prévu de fusionner la Landesbank Berlin — Girozentrale —, la Berliner Bank AG et la ... Berliner Pfandbrief-Bank pour créer un holding, la Berliner Banken-Holding AG». Cette décision ne prévoit aucune cession d'actifs.

(85) La mesure en cause, c'est-à-dire la cession des actifs de WBK à LBB, n'est intervenue qu'après le 31 décembre 1992. L'effet économique de cette mesure, à savoir l'augmentation des fonds propres de LBB et le renforcement consécutif de sa capacité d'octroi de prêts, n'est devenu effectif qu'à partir du 1er janvier 1993. Dès lors, il est exclu qu'avant cette date, une aide d'État ait pu être accordée en l'espèce.

(86) Toutefois, même si l'on retenait comme date de l'octroi de la mesure le 16 juin 1992, soit plusieurs mois avant la cession, une prescription des pouvoirs de la Commission en matière de récupération des aides conformément à l'article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) nº 659/1999 est exclue, contrairement à ce qu'a déclaré l'Allemagne. L'Allemagne considère que c'est seulement la décision d'ouvrir la procédure du 4 juillet 2002 qui représente une mesure d'interruption du délai de prescription de la Commission, entre autres au motif que ce n'est que dans cette décision que l'Allemagne a été invitée à transmettre une copie de cette lettre au bénéficiaire de l'aide.

(87) Cet argument n'est pas recevable. L'article 15, paragraphe 2, du règlement (CE) nº 658/1999 se réfère à «toute mesure» prise par la Commission, et non pas uniquement à une décision officielle d'ouvrir la procédure. Dans le cas présent, les différentes mesures prises par la Commission, notamment les diverses demandes de renseignements relatives à LBB et, en tout état de cause, la demande de renseignements de septembre 1999, sont suffisantes pour interrompre le délai de prescription. Il n'était d'ailleurs pas indispensable que LBB ait connaissance des mesures prises par la Commission. Dans son arrêt du 10 avril 2003 dans l'affaire T-366/00 (*Département du Loiret/Commission*) ([23]), le Tribunal de première instance a considéré que le fait que le bénéficiaire de l'aide ignorait l'existence de demandes d'informations adressées par la Commission à l'État membre n'a pas pour effet de les priver d'effet juridique à l'égard dudit bénéficiaire. La Commission n'est pas tenue d'informer les parties intéressées potentielles, notamment le bénéficiaire de l'aide, des mesures qu'elle prend concernant une aide illégale avant l'ouverture de la procédure administrative. Le Tribunal a donc conclu que la demande d'informations en application de l'article 15 du règlement (CE) nº 659/1999 constitue une mesure qui interrompt le délai de prescription avant son échéance, même si la requérante ignorait à cette époque l'existence d'une telle correspondance ([24]) . Du reste, il paraît peu probable que LBB n'ait pas été au courant de la demande de renseignements de la Commission lorsque l'Allemagne y a répondu en décembre 1999.

(88) En conclusion, il convient de noter qu'en l'espèce, la Commission est habilitée à exiger la récupération de l'aide.

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

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

2.a RESSOURCES D'ÉTAT

(90) Avec cette cession, le Land de Berlin a opté pour une augmentation du capital de LBB par absorption de WBK/IBB, deux organismes chargés de missions d'intérêt public, dont le Land de Berlin est garant et propriétaire. Cette absorption a permis à LBB d'augmenter son capital de garantie de près de 1,9 milliard de DEM, à la suite de la reconnaissance de ces fonds en vertu des règles prudentielles, confirmée par lettre du 24 février 1993. Sur ces 1,9 milliard de DEM, 187,5 millions de DEM ont été affectés à l'augmentation du capital de LBB par absorption du capital de l'ancienne WBK ([25]) et 1,715 milliard de DEM aux bénéfices non distribués de WBK (hors excédent annuel de 1992 d'un peu moins de 200 millions de DEM), qui sont depuis lors inscrits au bilan comme réserves spéciales d'IBB et n'ont cessé de croître.

(91) La cession d'environ 1,9 milliard de DEM et leur reconnaissance par l'Office fédéral de contrôle du crédit comme fonds propres de base ont sensiblement renforcé la capacité d'octroi de prêts de LBB et, partant, son potentiel de développement des activités. Dans l'hypothèse où toutes les créances (provenant par exemple de prêts à des «non-banques») seraient affectées d'une pondération des risques de 100 % et où il n'y aurait pas de nouvel emprunt de capitaux complémentaires, ce potentiel de développement des activités s'élevait théoriquement à 12,5 fois le capital de garantie supplémentaire (en l'occurrence un peu moins de 24 milliards de DEM). Il n'est pas possible de déterminer exactement à combien s'élèvera réellement ce potentiel pour

([23]) Rec. 2003, p. II-1789.

([24]) Ibidem, point 60.

([25]) Ce montant n'est plus pris en compte dans les actifs d'IBB depuis lors.

chaque cas d'espèce, car la structure de la clientèle, la stratégie de l'entreprise ainsi que d'autres facteurs extérieurs imprévisibles sont autant d'autres éléments qui entrent en ligne de compte. Toutefois, dans le cadre de l'examen de l'opération, il importe peu de savoir si un établissement de crédit utilise de nouveaux fonds propres et comment il le fait.

(92) Sans préjuger du fait qu'IBB ait eu besoin d'une partie des capitaux pour garantir ses activités de promotion, il n'en demeure pas moins que les capitaux transférés ont été reconnus par l'Office fédéral de contrôle du crédit et pouvaient dès lors être mobilisés à des fins de garantie par LBB, qui se trouve en concurrence avec d'autres établissements de crédit. Il ne fait aucun doute que LBB a bénéficié du transfert de ressources d'État susceptibles de lui conférer un avantage économique par rapport à ses concurrents, dans la mesure où elle n'a pas obtenu ces capitaux dans les conditions normales d'une économie de marché.

2.b AIDES FAVORISANT UNE ENTREPRISE

(93) Pour vérifier si la cession de capitaux d'État à une entreprise du secteur public lui confère un avantage et peut donc constituer une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE, la Commission applique le principe de «l'investisseur opérant dans une économie de marché». Ce principe a été admis et développé par le Tribunal de première instance dans le cadre de plusieurs affaires, en dernier lieu dans l'arrêt du 6 mars 2003 concernant une cession analogue en faveur de WestLB ([26]).

(1) ***Principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché***

(94) Conformément au principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché, une entreprise n'est pas favorisée lorsque des ressources sont mises à sa disposition dans des «conditions auxquelles un investisseur privé jugerait acceptable de mettre des ressources à la disposition d'une entreprise privée quand il opère dans les conditions normales d'une économie de marché» ([27]). En revanche, une entreprise est favorisée au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE, dès lors que le système de rémunération prévu et/ou la situation financière de l'entreprise sont tels qu'il ne paraît pas justifié d'escompter un rendement normal dans un délai raisonnable.

(2) ***Article 295 du traité CE***

(95) Le traité CE, en vertu de son article 295, ne se substitue pas au code de la propriété des divers États membres; cela ne justifie pas pour autant les infractions aux règles de concurrence de la Communauté.

(96) Le gouvernement allemand fait valoir qu'en raison de l'affectation précise du capital de WBK, ces fonds ne pouvaient être utilisés de manière rentable autrement qu'en étant investis dans un établissement de droit public similaire. La cession constituait donc l'utilisation commerciale la plus judicieuse. Toute rémunération de l'intégration, c'est-à-dire tout rendement supplémentaire retiré du capital de WBK, suffisait ainsi à justifier la cession, conformément au principe de «l'investisseur opérant dans une économie de marché».

(97) Cette argumentation n'est pas recevable. Il se peut que l'intégration de WBK à LBB, et donc la possibilité pour celle-ci d'utiliser une partie du capital de WKB pour garantir ses activités commerciales, ait été l'utilisation économique la plus judicieuse. Cependant, dès que des fonds publics et d'autres actifs servent à des activités commerciales, soumises à la concurrence, les règles de la concurrence s'appliquent. Par conséquent, dès lors qu'il décide d'utiliser à des fins (également) commerciales un capital destiné à des objectifs publics, l'État devrait exiger une rémunération conforme au marché.

(3) ***Structure de participation***

(98) L'essentiel consiste ici à vérifier si, dans des circonstances similaires, un investisseur privé opérant dans les conditions normales d'une économie de marché, d'une taille qui puisse être comparée à celle des organismes de gestion du secteur public, aurait pu être amené à procéder à l'apport de capitaux en question, comme l'a exposé le Tribunal de première instance dans l'arrêt WestLB, en renvoyant à la jurisprudence ([28]). En définitive, comme l'a encore précisé le Tribunal en renvoyant à d'autres arrêts rendus, «la comparaison entre les comportements des investisseurs public et privé doit être établie par rapport à l'attitude qu'aurait eue, lors de l'opération en cause, un investisseur privé, eu égard aux informations disponibles et aux évolutions prévisibles à ce moment» ([29]). Cela démontre qu'il importe, dans le cadre de l'appréciation, de tenir compte de la date de l'investissement et de ce que peut raisonnablement escompter un investisseur à cette date, en l'occurrence sur la base des informations disponibles. Celles-ci se rapportent pour l'essentiel aux perspectives de rémunération.

(99) Le Land Berlin était propriétaire à 100 % de LBB (et de WBK). Même si cette particularité devait permettre de ne pas tenir compte uniquement de la rémunération fixe convenue — 0,25 % en moyenne sur la partie des réserves utilisée par LBB depuis décembre 1995 —, le fait que le Land de Berlin soit, en l'espèce, l'actionnaire unique ne saurait justifier la faiblesse de la rémunération directe.

(100) L'invocation de la qualité de propriétaire du Land supposerait qu'il existe un plan de développement suffisant, un rapport d'expertise ou une évaluation du rendement escompté de l'investissement en cause, ce qui n'est pas le cas. La Commission ne dispose donc d'aucun indice lui permettant de vérifier les dires du Land.

([26]) Voir note 3.

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

([28]) Voir note 3, point 245.

([29]) Voir note 3, point 246.

(101) La Commission considère donc qu'en l'espèce, il y a lieu de déterminer la rémunération appropriée par rapport à la rémunération directe conforme au marché.

(4) ***Rémunération et éléments de la rémunération***

Base du calcul de la rémunération

(102) En principe, il convient de rémunérer le capital dans son intégralité; c'est ce qui a été dit dans la décision 2000/392/CE et le Tribunal de première instance l'a confirmé. Étant donné que l'Office fédéral de contrôle du crédit a immédiatement reconnu la totalité du capital comme fonds propres de base, LBB en disposait dès le 1er janvier 1993 à des fins de garantie, à l'exception des montants annuels requis pour les activités de promotion. Il convenait donc de déduire des montants qui, à partir de cette date, devaient augmenter annuellement, le capital nécessaire pour garantir les activités de promotion que LBB ne pouvait utiliser.

(103) Les réserves spéciales de WBK/IBB et le capital requis par IBB pour ses activités de promotion représentaient, depuis début 1993, des valeurs variables ou plus précisément des valeurs en croissance constante. Ces différentes valeurs sont reprises dans le tableau figurant au considérant 142.

(104) Le capital de WBK/IBB, d'un montant de 187,5 millions de DEM, injecté dans le capital de LBB était un capital liquide. En 1994, 75,01 % des parts de LBB ont été cédées à BGB, les parts résiduelles, soit 24,99 %, ayant été cédées en 1998, au prix de 1,5 milliard de DEM. Il convenait donc d'affecter ce capital à BGB à partir de 1998.

(105) À cet égard, trois bases de calcul pour déterminer la rémunération appropriée sont envisageables: premièrement, le capital liquide de 187,5 millions de DEM pour l'année 1993 et, pour la période 1994-1997, un montant de 46,9 millions de DEM (correspondant à 24,99 % des parts); deuxièmement, les réserves spéciales et troisièmement le capital requis pour les activités de promotion. Étant donné que dans le cas des deux premiers instruments, le même rendement minimal s'applique, ils seront tout d'abord considérés ensemble ci-après.

Rémunération appropriée du capital et des réserves spéciales

(106) Selon ses caractéristiques économiques, un apport de capitaux exige une rémunération différente. C'est pourquoi, pour déterminer si un investissement est acceptable pour un investisseur opérant dans des conditions normales de marché, il convient de s'appuyer sur les particularités économiques de l'apport et sur la valeur du capital mis à la disposition de LBB.

Comparaison avec d'autres instruments de capitaux propres

(107) Pour déterminer la rémunération appropriée, la comparabilité de l'apport du capital de WKB avec d'autres instruments de capitaux propres joue un rôle important, car la rémunération sur le marché varie selon l'instrument concerné. Dans le cadre de l'accord, le Bundesverband deutscher Banken, le Land et LBB partent d'une comparabilité avec un investissement dans le capital social.

(108) La Commission considère elle aussi que l'investissement dans le capital social constitue la forme d'investissement la plus proche de l'apport de WBK. Cette assimilation ne fait aucun doute dans le cas du capital et il n'y a donc pas lieu d'approfondir la question ici. Il en va d'ailleurs de même pour les réserves spéciales, qui ont également été reconnues comme capital de garantie par l'Office fédéral de contrôle du crédit.

(109) Dans ce contexte, il convient de préciser que l'éventail assez large des instruments de capitaux propres innovants dont disposent désormais les établissements de crédit dans plusieurs pays, n'existait pas encore en Allemagne en 1993, lorsque le transfert de WBK à LBB a été décidé. Certains instruments n'ont été créés qu'après, d'autres existaient déjà, mais n'étaient pas reconnus en Allemagne. La comparaison des réserves spéciales avec ces instruments innovants, dont la plupart sont apparus ultérieurement et ne sont disponibles que dans certains pays, n'est donc pas convaincante.

(110) La Commission considère également que l'assimilation à un apport tacite n'est pas adéquate pour déterminer la rémunération appropriée des réserves spéciales qui ont été reconnues comme fonds propres de base. Elle souligne à cet égard un aspect important, à savoir que le transfert n'a justement pas été effectué sous la forme d'un apport tacite, mais de réserves spéciales. L'Office fédéral de contrôle du crédit a, lui aussi, reconnu le transfert comme réserves et non comme apport tacite conformément à l'article 10 du KWG. Cette reconnaissance comme réserves par les autorités de surveillance allemandes porte à penser que le capital mis à disposition s'apparente davantage à du capital social qu'à des apports tacites.

(111) Le risque de perdre, du moins en partie, le capital apporté en cas de faillite ou de liquidation, n'est d'ailleurs pas moindre que dans le cas d'un investissement dans le capital social, car le capital de WBK représente une part non négligeable des fonds propres de LBB et LBB a également largement utilisé le capital mis à sa disposition avec des actifs à risques, et ce pendant de nombreuses années.

Répercussions de l'absence de liquidité des réserves spéciales

(112) Normalement, une injection de capital apporte à une banque à la fois des liquidités qui lui permettent d'augmenter ses opérations de crédit, et la base de fonds propres de base nécessaire, en vertu des règles prudentielles, au développement de ses activités commerciales. Pour utiliser la totalité du capital, c'est-à-dire pour étendre ses actifs à risques pondérés à 100 % d'un facteur de 12,5 (soit 100 divisé par le ratio de solvabilité de 8 %), la banque doit se refinancer 11,5 fois sur les marchés financiers. Plus simplement, la différence entre 12,5 fois les intérêts perçus et 11,5 fois les intérêts payés sur ce capital, déduction faite d'autres frais (frais de gestion, par exemple), donne le bénéfice sur le capital propre ([30]).

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

(113) Hormis le capital de 187,5 millions de DEM, la cession des actifs de WBK n'a, dans un premier temps, pas procuré de liquidités supplémentaires à LBB. LBB supporte donc des frais de financement supplémentaires, à hauteur du montant du capital, lorsqu'elle se procure les fonds requis sur les marchés financiers pour élargir ainsi le champ d'activités que lui ouvrent ces capitaux supplémentaires, c'est-à-dire pour augmenter les capitaux à risques pondérés de 12,5 fois le montant du capital (ou pour conserver les montants de capitaux dont elle dispose) ([31]).

(114) Ces frais supplémentaires, qui ne sont pas générés dans le cas d'un capital propre normal, obligent à opérer une déduction correspondante pour calculer la rémunération appropriée. Un investisseur opérant dans une économie de marché ne peut pas s'attendre à percevoir la même rémunération que pour un apport en numéraire.

(115) À cet égard, la Commission estime qu'il ne faut pas prendre en compte la totalité du taux d'intérêt de refinancement. Les frais de refinancement sont des dépenses d'exploitation et contribuent de ce fait à réduire le revenu imposable. Le montant des intérêts supplémentaires versés n'est donc pas déduit du résultat net de la banque. Une partie de ces dépenses est en effet compensée par un impôt plus faible sur les sociétés. Seules les dépenses nettes sont à prendre en compte comme charges supplémentaires de LBB, en raison de la nature particulière du capital transféré. Dans l'ensemble, la Commission reconnaît que LBB doit supporter des «frais de liquidités» supplémentaires, à hauteur des «frais de refinancement après déduction des impôts».

(116) Dans le cadre des négociations sur l'accord, les parties, comme cela a également été le cas dans l'accord concernant la Hamburgische Landsbank, dont la cession a eu lieu à la même époque, ont retenu un taux à long terme sans risque de 7,23 %. Elles se sont en outre mises d'accord sur un taux d'imposition forfaitaire de 50 % ([32]). On obtient ainsi un taux de refinancement net de 3,62 % et une déduction correspondante pour compenser l'absence de liquidité. À noter que cette déduction ne s'applique qu'aux réserves spéciales.

Détermination de la rémunération minimale escomptée pour les réserves spéciales et le capital

(117) Pour estimer les rendements probables, un investisseur opérant dans une économie de marché se base sur les rendements moyens passés, qui constituent aussi globalement un indicateur des performances futures de l'entreprise, ainsi que sur les conclusions qu'il tire notamment de l'analyse du modèle économique adopté par l'entreprise pour la période d'investissement considérée, de la stratégie et des compétences de la direction de l'entreprise ainsi que des perspectives relatives pour le secteur économique concerné. Lorsqu'elle a besoin de capitaux, l'entreprise doit convaincre l'investisseur potentiel de sa capacité à obtenir, au moins à long terme, un rendement de même niveau que celui escompté par d'autres entreprises comparables du point de vue du risque et du secteur économique. Si une entreprise n'est pas en mesure de répondre à ces attentes, l'investisseur renoncera à cet investissement et se tournera vers une entreprise offrant de meilleures perspectives avec une prise de risque comparable.

(118) Il existe plusieurs méthodes pour déterminer la rémunération minimale appropriée, parmi lesquelles figurent des variantes de l'approche financière, ainsi que la méthode basée sur le Capital Asset Pricing Model (CAPM). Dans le cadre de la présentation de ces approches, il est essentiel d'opérer une distinction entre les deux composantes que sont le rendement sans risque et la prime de risque liée à un projet spécifique: rendement minimal approprié d'un investissement à risques = taux de base sans risque + prime de risque de l'investissement à risques. Le rendement minimal approprié d'un investissement à risques correspond donc à la somme du taux de rendement sans risque et de la prime de risque supplémentaire pour la prise de risque liée à un investissement spécifique.

(119) En conséquence, déterminer un rendement suppose l'existence d'une forme d'investissement sans risque de défaillance à laquelle correspond un rendement supposé sans risque. Normalement, le taux de base sans risque se détermine à partir du rendement escompté des titres à taux fixe émanant d'émetteurs publics (ou d'un indice reposant sur ce type d'instruments), dans la mesure où il s'agit de formes d'investissement comparables, c'est-à-dire présentant des risques faibles. Toutefois, les différences entre ces méthodes résident dans la détermination de la prime de risque:

— *approche financière*: le rendement des capitaux propres escompté par l'investisseur implique, pour la banque qui utilise les capitaux, de futurs frais de financement. Cette approche consiste, dans un premier temps, à déterminer les coûts des capitaux propres passés qu'ont eus à supporter des banques comparables à la banque en cause. Ensuite, la moyenne arithmétique des coûts financiers passés est comparée au coût des capitaux propres escompté pour l'avenir et, ainsi, à l'exigence de rendement de l'investisseur.

— *approche financière avec le taux de croissance annuel moyen (Compound Annual Growth Rate)*: cette approche repose essentiellement sur l'utilisation de la moyenne géométrique au lieu de la moyenne arithmétique.

— *Le modèle CAPM*: le modèle CAPM est le modèle le plus connu et le plus souvent testé de la finance moderne. Il permet de déterminer le rendement escompté de l'investisseur à partir de la formule suivante: rendement minimal = taux d'intérêt sans risque + prime de risque du marché x bêta. Le facteur bêta permet de quantifier le risque propre à une entreprise par rapport au risque global de l'ensemble des entreprises. La prime de risque pour un investissement donné s'obtient en multipliant la prime de risque du marché par le facteur bêta.

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

([32]) Selon les documents produits par le gouvernement allemand, l'impôt sur les sociétés s'élevait en 1992 à 46 %; il s'y ajoutait une majoration de solidarité d'un montant de 3,75 % (soit en tout 49,75 %). Le taux d'imposition total est revenu à 46 % en 1993, et il a été de 49,5 % pour la période 1994-2000; depuis 2001, il est de 30 %.

(120) Le modèle CAPM constitue la méthode la plus utilisée pour calculer les rendements des investissements dans de grandes entreprises cotées en bourse. La LBB n'étant pas cotée en bourse, il n'est pas possible de déterminer directement son facteur bêta. Il n'est donc possible d'utiliser la méthode CAPM qu'en ayant recours à une estimation du facteur bêta.

(121) Les autorités allemandes sont en principe critiques à l'égard de l'application du modèle CAPM. Néanmoins, les parties ont finalement retenu le CAPM dans leur accord et elles sont parvenues à un taux de rémunération appropriée de 10,19 % applicable à l'apport de capital et de réserves spéciales à LBB.

(122) Pour leurs calculs, les parties ont appliqué le modèle CAPM et ont retenu pour LBB un taux d'intérêt de base sans risque de 7,23 % au 31 décembre 1992. La détermination de ce taux d'intérêt se fondait sur l'hypothèse selon laquelle le capital de WBK devait être mis à la disposition de LBB durablement. Les parties ont donc renoncé à utiliser un rendement sans risque observable sur le marché au moment du transfert pour une période d'investissement fixe (par exemple les rendements des emprunts d'État sur dix ans), car cela permettait de ne pas prendre en compte le risque de réinvestissement, c'est-à-dire le risque de ne plus pouvoir réinvestir à hauteur du taux d'intérêt sans risque à l'échéance de l'investissement. Les parties estiment que l'application d'un «indice de rendement global» (Total Return Index) constitue la meilleure façon de prendre en compte le risque de l'investissement. Elles ont donc utilisé l'indice de performance «REX10» de Deutsche Börse AG, qui reflète le rendement d'un placement dans des emprunts fédéraux sur dix ans. La série d'indices appliquée ici contient les indices de performance REX10 pour la fin de chaque année, depuis 1970. Ensuite, les parties ont déterminé le rendement par année, qui reflète la tendance de l'indice de performance REX10 utilisé comme base pour la période 1970-1992, et elles sont ainsi parvenues au taux d'intérêt de base sans risque mentionné ci-dessus de 7,23 % (31 décembre 1992).

(123) Comme les capitaux devaient effectivement être mis à la disposition de LBB sur une base permanente, cette méthode semble appropriée pour déterminer le taux d'intérêt de base sans risque dans l'affaire en cause. De plus, l'indice de performance REX10 utilisé constitue une source d'informations reconnue. Les taux d'intérêt de base sans risque ainsi déterminés semblent par conséquent appropriés en l'espèce.

(124) Le facteur bêta de 0,74 a été déterminé sur la base d'une expertise, dont la Commission dispose, réalisée par la société d'audit KPMG sur les facteurs bêta «ajustés» de tous les établissements de crédit allemands cotés en bourse. Compte tenu de cette expertise et de l'orientation des activités de LBB, ce facteur bêta peut être considéré comme approprié.

(125) Selon la Commission, la prime de risque du marché de 4 % semble elle aussi acceptable. Dans la décision 2000/392/CE déjà, la question de la prime de risque du marché globale à long terme, c'est-à-dire la différence entre les rendements moyens à long terme d'un portefeuille d'actions normal et ceux des emprunts d'État, a été examinée à diverses reprises. Dans les expertises réalisées dans le cadre de la procédure, les fourchettes retenues sont comprises entre 3 % et 5 %, selon la méthode appliquée, la période considérée et la base de données utilisée. Une expertise réalisée à la demande du Bundesverband deutscher Banken a ainsi retenu 3,16 % et 5 %, une autre expertise, réalisée cette fois-ci pour la WestLB, 4,5 % et 5 % et une autre (Lehman Brothers), réalisée aussi pour la WestLB, un taux de 4 %. Dans ce contexte, la Commission estime qu'il n'y a, en l'espèce, aucune raison de s'écarter de la prime de risque du marché utilisée dans l'accord. Sur la base du modèle CAPM, il ne fait aucun doute pour la Commission que la rémunération minimale déterminée par les parties peut être considérée comme appropriée.

(126) En conséquence, la Commission fixe la rémunération minimale appropriée à 10,19 % par an (après impôt sur les sociétés et avant impôt sur les investissements).

Aucune majoration du rendement du fait de l'existence d'un actionnaire unique

(127) Il convient de vérifier si une adaptation de la rémunération minimale déterminée s'impose. Conformément au mode opératoire retenu dans les autres procédures relatives aux banques régionales, les trois caractéristiques suivantes peuvent éventuellement justifier une majoration au titre des particularités de l'opération: premièrement, le fait qu'il n'y ait eu aucune émission de nouvelles actions, et donc aucun nouveau droit de vote; deuxièmement, le volume exceptionnel de la cession des actifs; troisièmement, l'absence de fongibilité de l'investissement.

(128) Comme dans les autres procédures, la Commission ne considère pas que des majorations au titre des deux derniers aspects susmentionnés se justifient. Il n'est pas possible d'appliquer une majoration au motif qu'il n'y a pas eu d'émission de nouvelles actions, et donc aucun nouveau droit de vote, le Land de Berlin détenant déjà 100 % des parts.

Aucune déduction au titre de l'accord sur une rémunération forfaitaire

(129) La rémunération des actions est directement tributaire des résultats de l'entreprise et se traduit principalement par le versement de dividendes et d'une participation à l'augmentation de la valeur de l'entreprise (par exemple à travers l'appréciation du cours des actions). Le Land reçoit une rémunération forfaitaire dont le montant devrait refléter les deux aspects de la rémunération d'un apport de capital «normal». On pourrait argumenter que la rémunération fixe perçue par le Land, au lieu d'une rémunération directement associée aux résultats de la LBB, constitue un avantage qui justifie une réduction du taux de rémunération. Ce sont les futurs bénéfices de l'entreprise qui déterminent si cette rémunération fixe est effectivement plus avantageuse qu'une rémunération variable. Lorsque ces bénéfices diminuent, le taux forfaitaire représente un avantage pour l'investisseur, en revanche lorsqu'ils augmentent, c'est le contraire qui se produit. Or, une décision d'investissement ne peut se référer à une évolution réelle a posteriori. Compte tenu de tous ces aspects, la Commission pense qu'il n'est pas nécessaire de diminuer le taux de rémunération.

Rémunération globale du capital et des réserves spéciales

(130) Se fondant sur ces considérations, la Commission conclut que le rendement minimal conforme au marché pour le capital et les réserves spéciales se serait élevé à 10,19 % par an (après impôts à acquitter par l'entreprise), duquel il convient de déduire 3,62 % pour compenser les frais de refinancement supportés en raison de l'absence de liquidité des réserves spéciales.

Rémunération appropriée des montants nécessaires aux activités de promotion

(131) Même les montants requis pour les activités de promotion ont une valeur matérielle pour LBB et leur fonction économique est comparable à celle d'une caution ou d'une garantie. Pour prendre un tel risque, un investisseur opérant dans une économie de marché exigerait une rémunération appropriée. Cette question n'est pas abordée dans l'accord entre le Bundesverband deutscher Banken, le Land et LBB.

(132) Dans l'affaire WestLB ([33]), les autorités allemandes ont considéré un taux de départ de 0,3 % comme approprié. En raison du caractère fondamentalement comparable des affaires WestLB et LBB et en l'absence d'autres éléments probants, la Commission estime que ce taux de rémunération correspond à ce que LBB aurait également dû payer au début des années 90 pour l'acceptation d'une caution par aval en sa faveur.

(133) Les motifs invoqués dans la décision 2000/392/CE pour une majoration du taux de départ ne sauraient en revanche être applicables en l'espèce. Dans la décision 2000/392/CE, le taux mentionné de 0,3 % par an (avant impôts) a été augmenté de 0,3 % par an, car d'une part, les cautions par aval sont en principe associées à certaines opérations et limitées dans le temps (ce qui n'était pas le cas pour WestLB) et, d'autre part, le montant de plus de 3,4 milliards de DEM mis à la disposition de WestLB est supérieur à la couverture normale des garanties bancaires de ce type.

(134) Une augmentation de la rémunération de 0,3 % au titre du volume particulièrement important de la «caution» ne semble pas s'imposer au regard du montant, qui varie entre 170 et 350 millions environ par an. Une hausse de ce taux au motif que LBB peut en principe disposer sans limitation du capital de WKB n'aurait d'ailleurs pas non plus lieu d'être, pour la même raison que celle qui a conduit à ne pas appliquer de majoration pour la rémunération du capital utilisable pour le développement des activités commerciales, car le Land avait la possibilité de retirer effectivement le capital à LBB; c'est d'ailleurs ce qu'il a fait fin août 2004.

(135) Pour la LBB, la commission de garantie constitue une dépense d'exploitation et elle vient donc en déduction des bénéfices imposables. La rémunération sur le capital de WBK est payable sur les bénéfices après impôts. Il convient donc en principe de réajuster le taux de 0,3 % en fonction du taux d'imposition. Comme pour les frais de refinancement, la Commission retient — en l'occurrence au bénéfice de LBB — un taux d'imposition global uniforme de 50 %. La Commission fixe par conséquent le taux à 0,15 % par an après impôts.

([33]) Voir note 2, considérant 221.

(5) *Élément d'aide d'État*

(136) Selon les calculs ci-dessus, la Commission considère comme conforme au marché une rémunération de 10,19 % par an après impôts pour le capital et de 6,57 % par an après impôts pour la partie des réserves spéciales utilisable par LBB pour garantir ses activités commerciales, et de 0,15 % par an après impôts pour les montants requis dans le cadre des activités de promotion, mais inscrits au bilan en tant que fonds propres.

(137) Le tableau figurant au considérant 142 offre un aperçu des montants qui résultent de l'application des bases de calcul et des rémunérations citées aux différents éléments du capital transféré et qui correspondent à la rémunération appropriée qui aurait dû être versée chaque année pour chaque élément du capital.

(138) Il convient d'établir un rapprochement avec les montants qui avaient déjà été convenus à l'époque de l'investissement comme éléments de la rémunération. Selon la Commission, il ne s'agit en l'occurrence que de la rémunération fixe convenue dont le niveau varie (voir tableau figurant au considérant 142) selon les montants des réserves spéciales utilisés. D'autres éléments de la rémunération, tels que les plus-values réalisées et la distribution de 238 millions de DEM en 1993 mentionnées par les autorités allemandes, ne sont en revanche pas calculables.

(139) L'Allemagne a fait valoir que les plus-values ainsi que la distribution de 238 millions de DEM résultant des deux ventes de 1994 et 1998 sont à déduire de la rémunération à verser. Des versements effectués et des plus-values réalisées après l'investissement ne sauraient être déterminants en vertu du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché, selon lequel l'investisseur peut soit escompter un rendement approprié soit convenir d'une rémunération directe sur la base des informations dont il dispose à la date de l'investissement. Ainsi, on ne saurait considérer comme déterminantes les distributions ou les plus-values qui ne sont pas calculables dès le départ. De même, il importe peu de savoir si une plus-value résultant d'une vente entraîne des gains ou non. Finalement, on perçoit mal comment l'apport des réserves spéciales aurait pu être à l'origine de la distribution de 238 millions de DEM; ce paiement pourrait tout au plus être pris en considération proportionnellement, à savoir selon la part que représentaient les réserves spéciales par rapport au reste des fonds propres de LBB.

(140) En outre, selon les autorités allemandes, l'une des raisons du transfert résidait dans les effets de synergie attendus et non dans l'augmentation des fonds propres de LBB. Étant donné que ces synergies ne réduisent pas les possibilités d'utilisation des capitaux transférés et n'augmentent pas les frais résultant du transfert pour la LBB, elles ne devraient avoir aucune incidence sur le montant de la rémunération qu'un investisseur opérant dans une économie de marché pourrait exiger de la banque pour les capitaux propres apportés. Au cas où le Land aurait retiré des avantages réels d'éventuelles synergies, tout concurrent aurait aussi été contraint de «payer» au Land, pour l'instrument financier,

outre une rémunération appropriée pour les capitaux propres apportés, une «rémunération» correspondant aux avantages en question. La Commission estime donc que les effets de synergie éventuels ne constituent pas une rémunération versée par LBB pour le transfert de WBK.

(141) La différence entre la rémunération convenue d'environ 0,25 % par an et la rémunération appropriée de 6,57 % par an (pour la partie des réserves spéciales d'IBB utilisable pour les activités commerciales) ou de 10,19 % par an pour le capital de WBK ainsi que de 0,15 % par an (sur la partie des actifs assimilable à une caution bancaire) constitue par conséquent une aide au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE.

(142) La composition de l'élément d'aide est la suivante:

	Valeurs (en millions de DM fin d'année)	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004 (1)	Total	total en euros
1.	Réserves spéciales d'IBB	1 715,2	2 005,8	2 105,8	2 206,0	2 306,0	2 356,0	2 406,0	2 456,5	2 600,0	2 623,8	2 625,4	2 625,4		
	Mobilisation pour les activités de promotion	168,7	180,1	273,2	323,8	346,4	233,6	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]		
	Partie résiduelle des réserves spéciales	1 546,5	1 825,7	1 832,6	1 882,2	1 959,6	2 122,4	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]		
	Taux d'intérêt	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %		
	Rémunération à verser	101,6	119,9	120,4	123,7	128,7	139,4	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2.	Capital de WBK	187,5	46,9	46,9	46,9	46,9									
	Taux d'intérêt	10,19 %	10,19 %	10,19 %	10,19 %	10,19 %									
	Rémunération à verser	19,1	4,8	4,8	4,8	4,8								38,2	19,5
	Caution par aval	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %		
	Rémunération à verser	0,253	0,270	0,410	0,486	0,520	0,350	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
3.	Rémunération déjà versée	0,0	0,0	0,0	1,2	3,4	3,6	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
4.	Rémunération restant à verser	121,0	125,0	125,6	127,7	130,6	136,2	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	1 584,5	810,14

(1) 1.1-31.8.2004. Ensuite, conversion de 1,1 milliards de la réserve spéciale d'IBB en apports tacites du Land à LBB moyennant rémunération conforme au marché.
Depuis le 1er janvier 1999, 1 DEM équivaut à 1,95583 euros. Les données en DEM sont à convertir en euros à ce cours.

(143) À la suite de la séparation d'IBB et de LBB, les réserves spéciales ont été rétrocédées au Land de Berlin au 1er septembre 2004; il en a cédé une partie à LBB sous la forme de deux apports tacites totalisant environ 1,1 milliard d'euros. Les aides examinées dans le cadre de la présente procédure prennent fin avec cette séparation, au 1er septembre 2004.

2.c DISTORSIONS DE LA CONCURRENCE ET EFFETS SUR LE COMMERCE ENTRE ÉTATS MEMBRES

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

(145) Le bénéficiaire, à savoir la Landesbank Berlin, opère dans le secteur bancaire tant au niveau régional qu'international. LBB est une banque commerciale généraliste, une banque centrale pour les caisses d'épargne et une banque nationale et communale. En dépit de son nom, de son histoire et de la mission qui lui a été confiée par la loi, LBB n'est ni une banque locale ni une banque régionale.

(146) Cela montre bien que LBB offre ses services en concurrence avec d'autres banques européennes en dehors de l'Allemagne et également en Allemagne, dans la mesure où des banques d'autres pays européens se sont établies sur le marché allemand.

(147) Il faut également souligner qu'il existe un lien étroit entre les fonds propres d'un établissement de crédit et ses activités bancaires. Pour fonctionner et étendre ses activités commerciales, une banque doit obligatoirement posséder suffisamment de capitaux propres reconnus. La mesure mise en œuvre par l'État lui a apporté des fonds propres destinés à garantir sa solvabilité, ce qui a eu des répercussions directes sur ses possibilités commerciales.

(148) Il est donc incontestable que toute aide en faveur de LBB fausse la concurrence et entrave le commerce entre les États membres.

3. *COMPATIBILITÉ DE LA MESURE AVEC LE TRAITÉ CE*

(149) Toutes ces considérations laissent apparaître que l'ensemble des critères prévus à l'article 87, paragraphe 1, du traité CE sont remplis et que la cession des actifs de WBK contient par conséquent un élément d'aide d'État. Il est donc nécessaire d'examiner si l'aide peut être considérée comme compatible avec le marché commun. Il convient toutefois de noter que le gouvernement allemand n'a fait valoir aucune disposition dérogatoire à propos de l'éventuelle présence d'éléments d'aide dans la cession des actifs.

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

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

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

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

(154) L'article 86, paragraphe 2, du traité CE qui, sous certaines conditions, autorise les dérogations aux règles sur les aides d'État, est également applicable au secteur des services financiers. La Commission a confirmé ce principe dans son rapport sur les «Services d'intérêt économique général dans le secteur bancaire» ([34]).

(155) L'Allemagne n'a pas fait valoir que les avantages éventuels que LBB aurait retirés de la cession des actifs de WBK ne constituaient qu'une contrepartie des frais supportés par LBB dans l'exercice de ses missions de service public. Selon la Commission, il est clair que le transfert a été réalisé pour permettre à la LBB de répondre aux nouvelles exigences sur les fonds propres et non pour compenser une mission de service public.

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

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

4. *ABSENCE D'AIDES EXISTANTES*

(157) La cession des actifs de WKB ne peut pas non plus être considérée comme couverte par les régimes d'aides existants relatifs à l'obligation de maintien en activité («*Anstaltslast*») et à l'obligation de garantie («*Gewährträgerhaftung*»).

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

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

5. *CONCLUSION*

(160) L'aide résultant de l'apport de WBK/IBB au 1er janvier 1993 ne peut être considérée comme compatible avec le marché commun, ni en vertu de l'article 87, paragraphe 2 ou 3, ni en vertu d'autres dispositions du traité. Par conséquent, elle est déclarée incompatible avec le marché commun. Elle doit donc être supprimée et l'Allemagne doit en exiger la restitution.

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

L'aide d'État mise à exécution par L'Allemagne en faveur de Landesbank Berlin, pour un montant de 810,14 millions d'euros, du 1er janvier 1993 au 31 août 2004, est incompatible avec le marché commun.

Article 2

L'Allemagne prend toutes les mesures nécessaires pour récupérer auprès de son bénéficiaire l'aide visée à l'article 1er et déjà illégalement mise à sa disposition.

Article 3

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

Le montant à récupérer est porteur d'intérêts, qui courent de la date à laquelle les aides illégales ont été mise à la dispositon de la bénéficiaire jusqu'à la date de leur remboursement effectif.

Les intérêts sont calculés conformément aux dispositions du chapitre V du règlement (CE) nº 794/2004 de la Commission ([35]).

Article 4

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

Article 5

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

Fait à Bruxelles, le 20 octobre 2004.

Par la Commission

Mario MONTI

Membre de la Commission

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

ANNEXE

FICHE D'INFORMATION CONCERNANT L'EXÉCUTION DE LA DÉCISION DE LA COMMISSION

1. **Calcul du montant à récupérer**

1.1. Veuillez indiquer ci-dessous les informations suivantes sur le montant des aides illégales mises à la disposition du bénéficiaire:

Date(s) (°)	Montant de l'aide (*)	Devise	Identité du bénéficiaire

(°) Date(s) à laquelle (auxquelles) l'aide (ou des tranches de l'aide) a (ont) été mise(s) à la disposition du bénéficiaire (lorsque la mesure comprend plusieurs tranches et remboursement, utilisez des lignes différentes).
(*) Montant d'aide mis à la disposition du bénéficiaire (en équivalent-subvention brut).

Commentaires:

1.2. Veuillez expliquer en détail de quelle façon les intérêts sur le montant de l'aide à récupérer seront calculés.

2. **Mesures envisagées et déjà mises en œuvre pour récupérer l'aide**

2.1. Veuillez indiquer en détail quelles mesures sont prévues et quelles mesures ont déjà été prises afin d'obtenir un remboursement immédiat et effectif de l'aide. Veuillez également indiquer le cas échéant la base juridique des mesures prévues/déjà prises.

2.2. Veuillez indiquer la date de remboursement complet de l'aide.

3. **Remboursements déjà effectués**

3.1. Veuillez indiquer ci-dessous les informations suivantes sur les montants d'aide qui ont été récupérés auprès du bénéficiaire:

Date(s) (°)	Montant d'aide remboursé	Devise	Identité du bénéficiaire

(°) Date(s) à laquelle (auxquelles) l'aide a été remboursée.

3.2. Veuillez joindre à cette fiche les pièces justificatives du remboursement des montants d'aide indiqués dans le tableau du point 3.1.