

ARRÊT DU TRIBUNAL (deuxième chambre élargie)

6 mars 2003 *

Dans les affaires jointes T-228/99 et T-233/99,

Westdeutsche Landesbank Girozentrale, établie à Düsseldorf (Allemagne),
représentée par M^e F. Montag, avocat, ayant élu domicile à Luxembourg,

Land Nordrhein-Westfalen, représenté par M^e M. Schütte, avocat, ayant élu
domicile à Luxembourg,

parties requérantes,

* Langue de procédure: l'allemand.

soutenus par

République fédérale d'Allemagne, représentée par M. W.-D. Plessing, en qualité d'agent, assisté de M^e H.-F. Wissel, avocat,

partie intervenante,

contre

Commission des Communautés européennes, représentée par MM. K.-D. Borchardt et V. Kreuzschitz, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie défenderesse,

soutenue par

Bundesverband deutscher Banken eV, établi à Berlin (Allemagne), représenté par M^e H.-J. Niemeyer, avocat,

partie intervenante,

ayant pour objet une demande d'annulation de la décision 2000/392/CE de la Commission, du 8 juillet 1999, concernant la mesure mise à exécution par l'Allemagne en faveur de la Westdeutsche Landesbank — Girozentrale (WestLB) (JO 2000, L 150, p. 1),

LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (deuxième chambre élargie),

composé de M. R. M. Moura Ramos, président, M^{me} V. Tiili, MM. J. Pirrung,
P. Mengozzi et A. W. H. Meij, juges,

greffier: M^{me} D. Christensen, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience des 5 et 6 juin 2002,

rend le présent

Arrêt

Antécédents du litige

I — Environnement du litige

- 1 Les présentes affaires concernent l'intégration de la Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen (ci-après la «WfA») dans la Westdeutsche Landesbank Girozentrale (ci-après la «WestLB») (ci-après le «transfert» ou l'«opération litigieuse»).

A — Exigences en matière de capitaux propres imposées par la directive sur les fonds propres et par la directive sur la solvabilité

- 2 Conformément à la directive 89/647/CEE du Conseil, du 18 décembre 1989, relative à un ratio de solvabilité des établissements de crédit (JO L 386, p. 14), et à la directive 89/299/CEE du Conseil, du 17 avril 1989, concernant les fonds propres des établissements de crédit (JO L 124, p. 16), les banques sont tenues de disposer de capitaux propres à hauteur d'au moins 8 % de leurs actifs à risques pondérés et de leurs transactions à risques non inscrites au bilan. À la suite de ces directives, des adaptations du Kreditwesengesetz (loi allemande sur les établissements de crédit) sont intervenues au 1^{er} janvier 1992 et les nouvelles exigences sont entrées en vigueur le 30 juin 1993.

- 3 Pour ce qui est du nouveau seuil de 8 % établi par ces directives, au moins la moitié du montant concerné doit se composer de «fonds propres de base» comprenant des éléments du capital dont l'établissement de crédit peut disposer directement et de façon illimitée, afin de couvrir les pertes éventuelles. Les fonds propres de base sont d'une importance capitale pour la dotation globale d'une banque en fonds propres au sens prudentiel, dans la mesure où les «fonds propres complémentaires» (fonds propres de deuxième catégorie) ne sont reconnus comme garantie des activités à risques d'une banque qu'à concurrence des fonds propres de base disponibles.

- 4 En outre, la capacité d'une banque à supporter des risques élevés est limitée par l'importance de ses fonds propres. Au moment du transfert de la WfA, conformément à l'article 13 du Kreditwesengesetz, un grand risque individuel ne devait pas excéder 50 % des fonds propres de l'établissement de crédit et l'ensemble des grands risques dépassant 15 % des fonds propres huit fois ce montant. À la suite d'une adaptation, intervenue en 1994, du Kreditwesengesetz à la directive 92/121/CEE du Conseil, du 21 décembre 1992, relative à la

surveillance et au contrôle des grands risques des établissements de crédit (JO 1993, L 29, p. 1), le montant maximal d'un prêt individuel a été limité à 25 % des fonds propres de la banque et le montant total de l'ensemble des grands risques dépassant 10 % des fonds propres de la banque à huit fois les fonds propres.

- 5 En outre, l'article 12 de la deuxième directive 89/646/CEE du Conseil, du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE (JO L 386, p. 1), limite l'importance des participations dans d'autres organismes de crédit et établissements bancaires. L'article 12 du Kreditwesengesetz, une disposition qui ne repose pas sur le droit communautaire, mais qui existe également dans d'autres États membres, prévoit que le montant total des investissements à long terme — parmi lesquels figurent les prises de participation dans des établissements non financiers — doit être limité au montant total des fonds propres. Les banques allemandes devaient se mettre en conformité avec les nouvelles dispositions en matière de fonds propres au 30 juin 1993.

B — *WestLB*

- 6 La WestLB est un établissement de crédit de droit public régi par la législation du Land Nordrhein-Westfalen (ci-après le «Land»). Au 31 décembre 1991, les fonds propres reconnus de la WestLB s'élevaient à 5,1 milliards de marks allemands (DEM). Conformément à la législation de ce Land, la WestLB a une triple fonction. Elle fait office de banque centrale pour les caisses d'épargne locales de ce Land et, depuis le 17 juillet 1992, également pour celles du Land Brandenburg. Elle remplit les tâches d'une banque d'État et communale, en effectuant en particulier des opérations financières pour le compte des détenteurs de ses parts sociales. Elle réalise enfin des opérations bancaires générales.

- 7 La WestLB est détenue à 100 % par le secteur public. Le principal détenteur de ses parts sociales est le Land (43,2 %), les autres détenteurs de parts sociales étant le Landschaftsverband Rheinland et le Landschaftsverband Westfalen-Lippe (groupements de communes des régions de Rhénanie et de Westphalie-Lippe), qui détiennent chacun 11,7 % du capital, ainsi que le Rheinischer Sparkassen- und Giroverband et le Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband (associations des caisses d'épargne des régions de Rhénanie et de Westphalie-Lippe), qui détiennent chacun 16,7 % des parts. À la date du transfert, et jusqu'au 8 juillet 1999 au moins, ces proportions sont demeurées inchangées.
- 8 D'après son bilan, le groupe WestLB occupe la troisième place dans le secteur bancaire allemand, après la Deutsche Bank AG et la Dresdner Bank AG. Le groupe WestLB offre des services financiers aux entreprises et aux organismes publics et il est aussi présent sur les marchés internationaux des capitaux, où il réalise à la fois des opérations pour son propre compte et pour celui d'autres émetteurs de titres de créance. Comme beaucoup d'autres banques universelles allemandes, la WestLB détient également des participations dans des organismes financiers et des entreprises. Par ailleurs, en 1997, la WestLB a réalisé une partie importante de ses activités en dehors de la République fédérale d'Allemagne.

C — WfA

- 9 La WfA a été fondée en 1957 et, jusqu'au 31 décembre 1991, elle a fonctionné comme un organisme de droit public allemand; à ce titre, elle avait une personnalité juridique. Son capital initial était de 100 millions de DEM et le Land était l'unique détenteur de ses parts sociales. Selon la législation, la WfA avait pour unique mission d'encourager la construction de logements grâce à l'octroi de prêts sans intérêt ou à faible taux d'intérêt. Comme organisme d'intérêt public, elle était exonérée de l'impôt sur les sociétés, de l'impôt sur le capital et de la taxe professionnelle sur le capital d'exploitation.

- 10 La responsabilité du Land pour les pertes éventuelles et en tant que garant s'appliquait à la WfA, en sa qualité d'organisme de droit public, pour l'ensemble de ses engagements. Ces garanties sont demeurées inchangées après le transfert.

D — *Intégration de la WfA dans la WestLB*

- 11 Conformément au Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung (loi portant adoption d'une réglementation de l'aide à la construction de logements), adopté le 18 décembre 1991 par le parlement du Land, la WfA a été transférée, au 1^{er} janvier 1992, à la WestLB.
- 12 Le transfert est justifié dans l'exposé des motifs de la loi par l'augmentation des fonds propres de la WestLB destinée à permettre à l'établissement de crédit de répondre à des exigences plus sévères en la matière, applicables à partir du 30 juin 1993. En outre, le regroupement des activités d'aide à la construction de logements de la WfA et de la WestLB devait permettre une amélioration de leur efficacité.
- 13 Dans le cadre du transfert, le Land a supprimé la garantie de la WfA, qui s'élevait à environ 7,4 milliards de DEM sur ses engagements, sur la base de prêts de capitaux destinés à l'aide à la construction de logements.
- 14 La WestLB est devenue le successeur exclusif de la WfA (à l'exception de la garantie des dettes du Land liées à l'aide à la construction de logements, annulée avant le transfert). La WfA est devenue un organisme de droit public indépendant sur le plan économique et de l'organisation, sans personnalité juridique propre au

sein de la WestLB. Le capital initial et les réserves de la WfA doivent donc être comptabilisés au bilan de la WestLB comme réserves spéciales. En vertu de sa responsabilité pour pertes éventuelles de l'établissement et en tant que garant, le Land est toujours responsable des engagements contractés par la WfA.

15 Les éléments du patrimoine de la WfA, c'est-à-dire son capital, ses réserves, le fonds d'aide au logement, ses autres créances, ainsi que les bénéfices futurs sur les prêts à la construction, ont continué à être affectés, après le transfert à la WestLB, à des activités d'aide à la construction de logements, conformément à l'article 2, paragraphe 16, deuxième alinéa, de la loi mentionnée ci-dessus au point 11. Toutefois, cette loi attribuait également au patrimoine transféré une deuxième fonction: il devait désormais aussi servir de capitaux propres, au sens du Kreditwesengesetz et donc aussi de la directive 89/299, qui seraient utilisés pour calculer le ratio de solvabilité de la banque et qui serviraient donc aussi de garantie pour les activités commerciales, c'est-à-dire concurrentielles, de la WestLB.

16 À l'occasion du transfert, les détenteurs de parts sociales de la WestLB étaient convenus, par modification du contrat-cadre, que les actifs destinés à l'aide à la construction de logements devraient toujours être conservés, même si la WestLB devait subir des pertes entamant le capital initial. Le capital de la WfA ne devait être appelé en garantie sur le plan interne qu'après que les autres fonds propres de la WestLB avaient eux-mêmes été appelés en garantie. Le contrat-cadre précisait que la responsabilité des détenteurs de parts sociales de la WestLB pour les pertes éventuelles de l'établissement s'étendait également aux réserves spéciales de la WfA. En cas de liquidation de la WestLB, le Land aurait un droit prioritaire sur le capital de la WfA. Il a par ailleurs été déclaré que l'augmentation de la dotation en fonds propres de la WestLB par absorption de la WfA constituait une prestation en argent du Land et que les détenteurs de parts sociales devaient définir le montant de la rémunération annuelle correspondante dès la publication des premiers résultats d'exercice, à partir de 1992. Cette décision a par la suite fait l'objet d'un avenant au contrat-cadre du 11 novembre 1993. Il y était prévu que la WestLB verserait au Land, en cas de bénéfices, une rémunération annuelle de 0,6 % après impôts pour la partie du capital de la WfA utilisable à titre de garantie des opérations de la WestLB.

- 17 En dépit de cet accord interne destiné à garantir les actifs de la WfA, il n'existe aucune priorité en ce qui concerne l'une ou l'autre des deux fonctions des actifs de la WfA, c'est-à-dire leur affectation à la construction de logements, d'une part, et leur qualité de capital de garantie pour la WestLB dans les relations externes de cette dernière avec ses créanciers, d'autre part. La WestLB peut disposer directement, et de façon illimitée, des actifs transférés pour couvrir des pertes ou, en cas de faillite, les sommes dues à ses créanciers.

- 18 Le contrat de gestion d'affaires, relatif à la loi sur l'aide à la construction de logements, conclu entre le Land et la WestLB prévoit que cette dernière ne peut faire usage des réserves spéciales destinées à consolider ses propres activités que dans la mesure où la mission de la WfA prévue par la loi est assurée.

- 19 La WfA a perdu son indépendance juridique en devenant un département de la WestLB chargé de l'aide à la construction de logements. Cependant, ses activités commerciales n'ont pas été entièrement intégrées à la WestLB. La WfA est demeurée une entité distincte au sein de la WestLB sous la dénomination de Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen — Anstalt der Westdeutschen Landesbank Girozentrale (établissement d'aide à la construction de logements du Land — établissement de la WestLB). Le nouveau département «Aide à la construction de logements» apparaît certes dans la comptabilité de la WestLB, mais il établit aussi son propre bilan. Quant à l'ancien département d'aide à la construction de logements de la WestLB, il a été regroupé avec la WfA.

- 20 Les actifs de la WfA transférés à la WestLB, en l'occurrence le capital, les réserves, les autres actifs et les bénéfices futurs, restent affectés à l'aide à la construction de logements et doivent donc aussi être gérés indépendamment des autres activités de la WestLB. En outre, cette séparation est nécessaire pour que les opérations liées à l'aide au logement puissent continuer à être considérées comme des activités d'intérêt public, conformément au droit fiscal allemand. Ainsi, les exonérations fiscales dont bénéficiait la WfA n'ont pas été supprimées.

II — *Procédure administrative*

- 21 Par plainte du 23 mars 1993, le Bundesverband deutscher Banken eV (fédération des banques allemandes, ci-après le «BdB»), qui représente environ 300 banques privées ayant leur siège en Allemagne, a demandé à la Commission d'ouvrir une procédure en vertu de l'article 226 CE contre la République fédérale d'Allemagne. Le BdB faisait valoir que le Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (office fédéral de contrôle du crédit) avait enfreint l'article 4, paragraphe 1, de la directive 89/299, en acceptant que les actifs de la WfA, qui avait fusionné avec la WestLB, soient considérés comme des fonds propres de la WestLB.
- 22 Par lettre du 31 mai 1994, le BdB a informé la direction générale «Concurrence» (DG IV) de la Commission de la cession d'actifs en alléguant qu'elle entraînait des distorsions de concurrence au bénéfice de la WestLB. Le 21 décembre 1994, il a officiellement introduit une plainte auprès de la Commission en demandant à cette dernière d'engager la procédure prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE contre la République fédérale d'Allemagne. En février et en mars 1995 et en décembre 1996, dix banques, membres de la BdB se sont associées à la plainte de cette dernière.
- 23 Afin de pouvoir déterminer si la cession d'actifs constituait une aide d'État, la Commission a demandé aux autorités fédérales allemandes de lui fournir des informations complémentaires, par lettres des 12 janvier, 9 février, 10 novembre et 13 décembre 1993, puis du 16 janvier 1996. Ces informations ont été communiquées par lettres des 2 février et 16 mars 1993, du 8 mars 1994, des 12 et 26 avril 1996 et du 14 janvier 1997. Les différentes parties concernées ont également transmis divers documents et lettres. Les représentants de la Commission ont rencontré à plusieurs reprises des représentants des autorités allemandes, de la WestLB et des autres banques régionales, ainsi que des plaignants.

- 24 À la suite de cet échange d'informations, la Commission, par décision du 1^{er} octobre 1997, a ouvert la procédure prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE (ci-après la «décision d'ouverture de la procédure»). Dans cette décision, la Commission est arrivée à la conclusion que la mesure contestée constituait probablement une aide au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE, et qu'elle avait besoin de renseignements supplémentaires pour approfondir son analyse. Il lui importait surtout d'obtenir des informations sur les mesures par lesquelles le Land fait en sorte de participer d'une manière raisonnable aux bénéfices supplémentaires susceptibles d'être réalisés par la WestLB à la suite de son augmentation de capital; des informations sur les répercussions de l'absence de caractère liquide du capital transféré, du fait que l'influence du Land sur la WestLB n'a pas augmenté et du caractère préférentiel de la rémunération fixe, ainsi que d'autres facteurs supplémentaires ayant joué lors de la fixation d'une rémunération appropriée; enfin, des informations sur le montant du capital de la WfA destiné à garantir les activités de la WestLB, sur l'excédent inscrit au bilan de la WestLB, sur les exonérations fiscales, sur l'annulation de dettes, sur la rentabilité de la WestLB et sur les éventuels effets de synergie.
- 25 La décision d'engager la procédure prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE a été signifiée au gouvernement allemand par lettre du 23 octobre 1997. Par lettres des 7 et 25 novembre et du 2 décembre 1997, il a été convenu de supprimer les informations confidentielles en vue de la publication. Après une prorogation du délai demandée par lettre du 19 novembre 1997 et accordée par lettre du 1^{er} décembre 1997, le gouvernement allemand a fait connaître sa position par lettre du 27 février 1998.
- 26 La décision de la Commission d'ouvrir la procédure a été publiée au *Journal officiel des Communautés européennes* le 5 mai 1998 (JO C 140, p. 9). La Commission a invité les intéressés à présenter leurs observations sur la mesure en cause. La Commission a reçu des observations de la part de la WestLB (19 mai 1998), de l'Association française des banques (26 mai 1998), de la British Bankers' Association (2 juin 1998) et du BdB (4 juin 1998). Elle les a transmises au gouvernement allemand par lettre du 15 juin 1998 en lui donnant la possibilité de formuler ses commentaires, qu'elle a reçus par lettre du 11 août 1998.

- 27 Les 15 janvier et 16 septembre 1998, des réunions se sont tenues avec des représentants du BdB et le 9 septembre 1998, avec des représentants de la WestLB. Par lettre du 22 septembre 1998, les services de la Commission ont convié les autorités allemandes, la WestLB et le BdB à une réunion sur les divers aspects de l'affaire en cours. Le BdB a communiqué des informations par lettre du 30 octobre 1998. La réunion à laquelle ont assisté ces trois parties s'est tenue le 10 novembre 1998.
- 28 Par la suite, les services de la Commission ont demandé aux autorités allemandes et au BdB, par lettre du 16 novembre 1998, de leur fournir des renseignements et des documents supplémentaires. Après une prorogation du délai, le BdB a fourni les informations requises, par lettre du 14 janvier 1999. Après une prorogation de délai, les autorités allemandes ont fourni des informations par deux lettres du 15 janvier 1999 et par un courrier daté du 7 avril 1999. Les autorités allemandes s'étant refusées à fournir certaines données à la Commission, cette dernière a ordonné la remise de ces renseignements par une décision du 3 mars 1999, notifiée au gouvernement allemand par lettre du 24 mars 1999. Après une prorogation du délai, le gouvernement allemand a honoré cette décision par lettre du 22 avril 1999.
- 29 La Commission a commandé une étude indépendante sur la rémunération appropriée que le Land devait exiger pour le transfert de la WfA à la WestLB. La société de conseil chargée de cette mission (First Consulting) a également participé à la réunion tripartite le 10 novembre 1998.

III — *Décision attaquée*

- 30 Le 8 juillet 1999, la Commission a adopté sa décision 2000/392/CE, concernant la mesure mise à exécution par l'Allemagne en faveur de la Westdeutsche Landesbank — Girozentrale (WestLB) (JO 2000, L 150, p. 1, ci-après la

«décision attaquée»). La décision a été notifiée le 4 août 1999 à la République fédérale d'Allemagne qui l'a communiquée au Land par lettre du 6 août 1999. Le Land a informé la WestLB par lettre du 9 août 1999, qui est parvenue à la WestLB le même jour. La décision énonce en son dispositif:

«Article premier

L'aide d'État mise à exécution par l'Allemagne en faveur de la Westdeutsche Landesbank Girozentrale, pour un montant de 1 579 700 000 DEM (807 700 000 euros) de 1992 à 1998, est incompatible avec le marché commun.

Article 2

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

2. La récupération a lieu conformément aux procédures du droit national. Les aides à récupérer incluent des intérêts à partir de la date à laquelle elles ont été mises à la disposition des bénéficiaires, jusqu'à la date de leur récupération. Les intérêts sont calculés sur la base du taux de référence utilisé pour le calcul de l'équivalent-subvention dans le cadre des aides à finalité régionale.

Article 3

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

[...]»

A — Analyse générale

- 31 Dans les considérants de la décision attaquée, la Commission expose son appréciation de la mesure en question. Elle peut être résumée comme suit.
- 32 Tout d'abord, en ce qui concerne les distorsions de la concurrence et les effets sur le commerce entre les États membres, la Commission considère que la WestLB offre ses services en concurrence avec d'autres banques européennes en dehors de l'Allemagne et également en Allemagne. Ainsi, toute aide en faveur de la WestLB entraînera une distorsion de la concurrence et entravera le commerce à l'intérieur de l'Union. Selon la défenderesse, comme pour fonctionner et étendre ses activités commerciales une banque doit posséder suffisamment de capitaux propres reconnus, les possibilités commerciales qui s'offrent à la WestLB ont été directement influencées par la mesure mise en œuvre par l'État, qui garantit la solvabilité de la WestLB.

- 33 Ensuite, la Commission considère que l'opération en question constitue un transfert de capitaux publics à une entreprise. Ces capitaux, en ayant une valeur commerciale et n'étant pas assortis d'une rémunération suffisante, sont des ressources d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE.
- 34 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, CE, la Commission applique le principe de «l'investisseur opérant dans une économie de marché».
- 35 La Commission explique alors en détail son analyse de l'opération faite dans la perspective du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché.
- 36 La Commission déclare, en premier lieu, que malgré le fait que l'article 295 CE dispose que le traité CE ne se substitue pas au code de la propriété des divers États membres, cela ne justifie pas des infractions aux règles de concurrence de la Communauté. De cette manière, la Commission considère ne pas remettre en question le droit des États membres d'affecter des fonds spéciaux à des projets d'intérêt économique général. Cependant, les règles du marché s'appliquent dès que des fonds publics et d'autres actifs servent à des activités commerciales. Par conséquent, dès qu'il décide d'utiliser à des fins également commerciales un capital destiné à des objectifs publics, l'État devrait, selon la Commission, exiger une rémunération conforme au marché.
- 37 En deuxième lieu, en ce qui concerne le caractère particulier de l'opération, la défenderesse soutient que, lorsqu'un État membre opte pour une opération telle que celle en question, il convient d'examiner en détail dans quelle mesure elle peut présenter un avantage économique pour la partie de l'entreprise soumise à la concurrence.

- 38 En troisième lieu, la Commission souligne qu'un des moyens d'obtenir un rendement approprié de l'apport de capitaux aurait pu être une augmentation de la participation détenue par le Land dans la WestLB. Comme cela n'a pas été fait, le Land devait, aux termes de la décision attaquée, selon le principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché, demander que les capitaux qu'il avait apportés soient rémunérés par d'autres moyens d'une façon appropriée. Dans le cas contraire, selon la Commission, le Land accorderait à la WestLB un avantage qui constituerait une aide d'État.
- 39 En quatrième lieu, la défenderesse explique comment elle a déterminé la base du capital retenue pour le calcul de la rémunération. Pour fixer une rémunération appropriée, il était nécessaire de faire la distinction entre les différents éléments des réserves spéciales de la WfA, en fonction de leur utilité pour la WestLB.
- 40 La Commission rappelle qu'un montant total de 5,9 milliards de DEM a été inscrit au bilan de la WestLB en tant que capitaux propres. Cependant, le Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen n'a reconnu comme fonds propres de base que 4 milliards de DEM. De ce dernier montant, seuls 2,5 milliards de DEM peuvent être effectivement utilisés par la WestLB pour étendre ses activités soumises à la concurrence, en tant que dotation en fonds propres et en vertu des dispositions sur la solvabilité, et devaient donc être retenus comme base primaire de rémunération du Land. Le restant 1,5 milliard de DEM sert à garantir les activités d'aide à la construction de logements de la WfA. Un montant de 1,9 milliard de DEM apparaît encore au bilan, sans toutefois être reconnu comme correspondant à des fonds propres répondant aux exigences de solvabilité. Ainsi, le montant inscrit au bilan de la WestLB, mais qui ne peut servir à étendre ses activités soumises à la concurrence, s'élève à 3,4 milliards de DEM. Pourtant, dans la mesure où ce montant contribue à améliorer l'image de la banque aux yeux des créanciers, il peut au moins être économiquement assimilé à une garantie — même s'il est inscrit au bilan à titre de capitaux propres. Ce montant ayant donc aussi une utilité économique pour la WestLB, un investisseur opérant dans une économie de marché aurait exigé une rémunération. Cependant, celle-ci sera inférieure à la rémunération pour les 2,5 milliards de DEM qui peuvent servir à étendre les activités de la WestLB soumises à la concurrence.

- 41 En cinquième lieu, la Commission explique en détail comment elle a calculé la rémunération appropriée du capital.

B — Analyse relative à la rémunération appropriée du capital

- 42 À titre liminaire, la Commission affirme que, au regard des règles sur les aides d'État du traité CE, l'opération doit être considérée comme un apport de capitaux et non comme une caution et qu'il convient d'évaluer la rémunération des capitaux en conséquence. Cependant, aux fins du calcul d'une rémunération appropriée, la Commission peut assimiler une partie de ces capitaux à une caution, dès lors qu'elle ne peut être utilisée par la WestLB comme des capitaux propres classiques, en raison de sa nature particulière.
- 43 Ensuite, premièrement, la Commission, tout en soulignant que la singularité de l'intégration de la WfA dans la WestLB rend difficile la comparaison avec un instrument financier existant sur le marché, explique pourquoi elle estime que la comparaison établie par le gouvernement allemand avec les instruments hybrides applicables aux capitaux propres ne constitue pas une base pertinente pour le calcul de la rémunération appropriée du capital de la WfA, en raison des particularités de ce dernier.
- 44 Deuxièmement, la Commission se réfère aux répercussions de l'absence de liquidités sur le calcul de la rémunération du capital. Dans un premier temps, la cession des actifs de la WfA n'a pas procuré de liquidités supplémentaires à la WestLB, dans la mesure où les actifs transférés et tous les revenus de la WfA devaient continuer, conformément à la loi, à être affectés à l'aide à la construction de logements. La WestLB supporte donc des frais de financement supplémentaires, à hauteur du montant du capital, lorsqu'elle se procure les moyens requis sur les marchés financiers pour élargir ainsi le champ d'activités que lui ouvrent ces capitaux propres supplémentaires. Ces frais de financement 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.

- 45 Cependant, à la différence de la WestLB et du gouvernement allemand, la Commission estime que la totalité du taux d'intérêt de refinancement ne peut pas être prise en compte. Seules les dépenses nettes sont à prendre en compte comme charges supplémentaires de la WestLB, en raison de la nature particulière du capital transféré. Dans l'ensemble, la Commission reconnaît que la WestLB doit supporter des «frais de liquidités» supplémentaires, à hauteur des «frais de refinancement après déduction des impôts». La Commission accepte l'expertise du montant de la rémunération, remise par le gouvernement allemand, qui donne le pourcentage de 8,26 % comme taux de refinancement à long terme approprié. En appliquant les taux d'imposition allemands, on obtient un taux net de 4,2 % pour les frais de refinancement.
- 46 Troisièmement, la Commission explique comment elle a effectué le calcul de la rémunération appropriée du montant de 2,5 milliards de DEM, correspondant à l'augmentation de capitaux propres disponibles de la WestLB.
- 47 Elle rappelle que les experts extérieurs mandatés par la Commission affirment que l'on devrait s'appuyer sur le rendement sur investissement en usage dans le milieu bancaire et l'adapter aux caractéristiques de l'opération. En outre, lors de son enquête, la Commission a également tenu compte de plusieurs déclarations et études de banques d'investissement et de sociétés de conseil sur les rendements réels et escomptés des capitaux propres et des investissements, de même que des prises de position communiquées par les différentes parties.
- 48 La Commission déclare que, sur la base de ces informations, de son expérience en la matière, des statistiques du marché et de ses décisions antérieures sur les aides d'État, elle retient une rémunération minimale escomptée de 12 % après impôts sur cet apport de capitaux, à la date du transfert.

49 Pour calculer la rémunération appropriée, la Commission a pris également en considération le fait qu'un investisseur opérant dans une économie de marché aurait exigé une majoration du rendement conforme au marché du capital apporté, en raison des particularités de l'opération.

50 Cette majoration s'explique par trois facteurs. D'abord, le volume des capitaux transférés a été considérable, son influence a été déterminante pour la WestLB dans le cadre des dispositions sur la solvabilité et cette banque réalisait des bénéfices inférieurs à la moyenne des autres banques. Ensuite, le Land est exposé à un risque plus élevé en cas d'insolvabilité de la WestLB, du fait de l'intégration de la WfA. Par ailleurs, le Land n'a reçu aucun droit de vote du fait de cette intégration. Afin de pouvoir accepter un tel risque sans que son influence au sein de l'entreprise ne se trouve renforcée, un investisseur opérant dans une économie de marché réclamerait, en compensation, une rémunération plus élevée. Enfin, l'investissement du Land a la nature d'un investissement durable dans des titres non cotés. En raison des conditions particulières du transfert de la WfA, le Land n'a pas la possibilité de retirer le capital et de mettre ainsi un terme à son investissement. Par conséquent, la Commission considère que la majoration minimale appropriée, en raison des particularités de l'opération, est ici de 1,5 %.

51 Elle conclut qu'une rémunération appropriée du capital en question s'élèverait à 9,3 %, soit 12 % de rendement normal pour l'investissement plus 1,5 % pour les particularités de l'opération, moins 4,2 % pour les frais de refinancement que doit supporter la WestLB en raison de l'absence de liquidité des capitaux transférés.

52 Quatrièmement, la Commission explique comment elle a calculé la rémunération appropriée du montant de 3,4 milliards de DEM, montant inscrit au bilan de la WestLB, mais qui ne peut servir à étendre ses activités soumises à la concurrence. Elle rappelle que, dans la décision d'ouvrir la procédure prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE, elle a indiqué un taux de 0,3 % cité par le gouvernement allemand comme commission pour aval convenant à une banque telle que la

WestLB. Elle considère que ce montant est supérieur à la couverture normale des garanties bancaires de ce type et qu'en outre, bien que les garanties bancaires soient en principe associées à certaines opérations et limitées dans le temps, la WestLB, en revanche, dispose des réserves spéciales de la WfA sans limite dans le temps. D'après la Commission, ces deux facteurs exigent une augmentation du taux de la rémunération lequel se situerait entre 0,5 et 0,6 %. Dans la mesure où les primes de garantie constituent généralement des dépenses d'exploitation, qui viennent donc en déduction des bénéfices imposables, d'une part, et où la rémunération du capital de la WfA est versée au Land sur les bénéfices après impôts, d'autre part, ce taux doit être adapté. Selon la Commission, une rémunération de 0,3 % après impôts est donc appropriée pour ce type de capital.

53 Cinquièmement, la Commission considère que les éventuelles synergies et économies qui résultent pour le Land et la WfA du transfert de cette dernière et de son intégration dans la WestLB ne peuvent pas être considérées comme une contrepartie à l'apport des fonds propres de base à la WestLB. Étant donné que ces synergies ne réduisent pas les perspectives d'utilisation des capitaux transférés et n'augmentent pas les frais résultant du transfert pour la WestLB, 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. En revanche, la Commission reconnaît que le montant de 33 millions de DEM versé par la WestLB en 1992 au titre des pensions de la WfA fait partie de la rémunération du transfert reçue par la WestLB.

54 Finalement, sur la base des calculs faits ci-dessus relatifs au capital à retenir et à sa rémunération, la Commission définit l'élément d'aide d'État existant dans l'opération en question. Elle considère comme conforme au marché une rémunération de 9,3 % après impôts pour la partie du capital utilisable par la WestLB pour garantir ses activités commerciales, à savoir 2,5 milliards de DEM à la fin de 1993, et de 0,3 % après impôts pour la différence entre ce montant et les fonds propres de 5,9 milliards de DEM inscrits au bilan de la WestLB, soit 3,4 milliards de DEM à la fin de 1993. Il convient encore, selon la Commission, de tenir compte de la rémunération de 0,6 % que la WestLB verse depuis 1993

sur le montant qu'elle peut utiliser pour garantir ses activités commerciales. En outre, la Commission accepte la prise en charge des versements de pensions de la WfA par la WestLB, en 1992, en tant que rémunération supplémentaire pour le Land. L'élément d'aide est calculé comme étant la différence entre les sommes effectivement versées et les paiements qui seraient conformes au marché. D'après la Commission, le total de l'aide ainsi calculé est de 1 579 700 000 DEM de 1992 à 1998.

55 Ayant terminé ses observations sur l'application du principe d'un investisseur opérant dans une économie de marché à l'opération en question, la Commission expose encore son analyse sur d'autres aspects de cette opération avant de présenter ses conclusions finales.

56 En ce qui concerne les exonérations fiscales dont bénéficient les activités d'aide à la construction de logements du «secteur WfA» de la WestLB, la Commission remarque qu'elles font augmenter les bénéfices de la WfA (ou diminuer ses pertes), et donc que son capital net pourrait augmenter. Ainsi la WestLB pourrait également disposer de montants plus importants pour garantir les activités de son secteur concurrentiel. Toutefois, dans la mesure où cette partie augmente, la base retenue pour le calcul de la rémunération à verser au Land progresse également. La Commission conclut à ce propos que, si la rémunération est fixée à un taux approprié, les exonérations fiscales pour l'aide à la construction de logements n'entraîneront aucune distorsion de la concurrence au profit de la WestLB. Elle rappelle que, selon les calculs expliqués ci-dessus aux points 51 et 52, une rémunération appropriée s'élève à 9,3 % en ce qui concerne le montant correspondant à l'augmentation de capitaux propres disponibles de la WestLB et à 0,3 % relativement au montant qui a été inscrit au bilan de la WestLB, mais qui ne peut servir à étendre ses activités soumises à la concurrence.

57 S'agissant de la suppression de l'obligation de garantie, la Commission estime qu'elle a accru la valeur de la WfA. Pourtant, comme la rémunération que doit verser la WestLB a été calculée sur l'évaluation de la WfA après cette

renonciation, c'est-à-dire après la prise en compte de cette plus-value, l'annulation de la garantie ne présente aucun avantage pour la WestLB dans la mesure où la rémunération est conforme aux conditions du marché.

- 58 La Commission conclut, sur la base de l'évaluation précédente, que l'ensemble des critères prévus à l'article 87, paragraphe 1, CE sont remplis et que, comme aucune des dispositions dérogatoires prévues aux articles 86, paragraphe 2, CE et 87, paragraphes 2 et 3, CE n'est applicable dans le cas présent, l'aide ne peut pas être considérée comme compatible avec le traité.

Procédure et conclusions des parties

- 59 Par requêtes déposées au greffe du Tribunal le 12 octobre 1999, les requérants ont introduit les présents recours.
- 60 Par ordonnance du 22 août 2000 du président de la quatrième chambre élargie du Tribunal, la République fédérale d'Allemagne a été admise à intervenir au soutien des conclusions des requérants et le BdB a été admis à intervenir au soutien des conclusions de la défenderesse.
- 61 Par cette même ordonnance, le Tribunal a examiné une demande de traitement confidentiel introduite par les requérants et accordé ce traitement à l'égard de certaines des informations contenues dans le dossier. Cette ordonnance a été rectifiée par ordonnance du 23 octobre 2000.

- 62 Par ordonnance du 11 juillet 2001 du président de la quatrième chambre élargie du Tribunal, les parties entendues, les deux affaires ont été jointes aux fins de la procédure orale et de l'arrêt, conformément à l'article 50 du règlement de procédure du Tribunal.
- 63 En raison de la modification de la composition des chambres du Tribunal à partir du 20 septembre 2001, le juge rapporteur a été affecté à la deuxième chambre élargie et les présentes affaires ont été, par conséquent, attribuées à cette chambre.
- 64 Sur rapport du juge rapporteur, le Tribunal (deuxième chambre élargie) a décidé d'ouvrir la procédure orale. Les requérants, la défenderesse et la République fédérale d'Allemagne ont répondu aux questions écrites posées par le Tribunal et la défenderesse a produit les documents demandés au titre des mesures d'organisation de la procédure.
- 65 Par ordonnance du 29 mai 2002, le président de la deuxième chambre élargie du Tribunal a octroyé provisoirement le traitement confidentiel sollicité par les requérants relativement à certains éléments figurant dans un des documents mentionnés au point précédent.
- 66 Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions posées par le Tribunal à l'audience des 5 et 6 juin 2002.

67 Lors de cette audience, expressément sollicitées en ce sens, les parties intervenantes n'ont pas présenté d'observations à propos de la demande des requérants de traitement confidentiel de certains éléments figurant dans l'un des documents produits par la Commission sur demande du Tribunal. Ainsi, il y a lieu de confirmer l'ordonnance qui, à titre provisoire, a octroyé le traitement confidentiel à l'égard de ces éléments.

68 La WestLB conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

- annuler la décision attaquée;

- condamner la Commission aux dépens.

69 Le Land conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

- annuler la décision attaquée;

- condamner la Commission aux dépens;

- condamner le BdB à supporter ses propres dépens.

70 La République fédérale d'Allemagne, partie intervenante, conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

- annuler la décision attaquée;

- condamner la Commission aux dépens.

71 La Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

- rejeter les deux recours comme non fondés;

- condamner les requérants aux dépens.

72 Le BdB, partie intervenante, conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

- rejeter les deux recours comme non fondés;

- condamner les requérants aux dépens, y compris aux siens.

Sur le fond

- 73 À l'appui de son recours, la WestLB invoque cinq moyens tirés de l'incompétence de la Commission démissionnaire pour adopter la décision attaquée, de la composition irrégulière de la Commission, de la violation des droits de la défense, de la violation de l'obligation de motivation et de la violation de l'article 87, paragraphe 1, CE. Le Land invoque quatre moyens tirés de l'incompétence et de la composition irrégulière de la Commission, de la violation des droits de la défense, de la violation de formes substantielles et de la violation des articles 87, paragraphe 1, CE et 295 CE.
- 74 À l'audience, interrogés par le Tribunal à ce propos, les requérants ont déclaré qu'ils se désistaient du moyen tiré de la composition irrégulière de la Commission au moment de l'adoption de la décision attaquée.
- 75 Le Tribunal analysera, en premier lieu, le moyen tiré de l'incompétence de la Commission, en deuxième lieu, le moyen tiré de la violation des droits de la défense et, en troisième lieu, le moyen tiré de la violation des formalités substantielles, en ce qui concerne la prétendue violation du droit de la République fédérale d'Allemagne à être entendue, les prétendues constatations erronées de circonstances de fait et la prétendue violation du principe de neutralité.
- 76 En quatrième lieu, le Tribunal examinera le moyen tiré de la violation des articles 87, paragraphe 1, CE et 295 CE, en ce qui concerne l'interprétation de la notion d'aide d'État faite par la Commission dans la décision attaquée. En dernier lieu, le Tribunal analysera le moyen tiré de la violation de l'obligation de motivation conjointement avec le moyen, présenté à titre subsidiaire, relatif à la violation des deux dispositions susmentionnées, en ce qui concerne l'application par la Commission du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché (ci-après aussi le «principe de l'investisseur privé»).

I — *Sur le premier moyen, tiré de l'incompétence de la Commission pour adopter la décision attaquée*

A — *Arguments des parties*

- 77 Les requérants soutiennent que, du fait de sa démission le 16 mars 1999, au moment de l'adoption de la décision attaquée, la Commission était limitée, dans l'exercice de ses fonctions, à l'expédition des affaires courantes et urgentes. La décision ne pouvant être ramenée à ce cadre, cela entraînerait son annulation.
- 78 En premier lieu, les requérants font valoir que, comme les conséquences juridiques de la démission volontaire de l'ensemble des membres de la Commission ne sont pas expressément définies dans le traité CE, on doit appliquer par analogie l'article 201, deuxième alinéa, deuxième phrase, CE, étant donné qu'il constitue la seule disposition de ce traité qui concerne la démission collective de la Commission. Par conséquent, les fonctions de cette dernière auraient été limitées à l'expédition des affaires courantes.
- 79 L'article 215 CE ne pourrait pas s'appliquer en l'espèce. La démission de la Commission n'aurait pas été volontaire, puisqu'elle a eu lieu dans le seul but d'anticiper l'adoption certaine d'une motion de censure du Parlement européen. Le Land ajoute que, si le traité limite les compétences de la Commission à l'expédition des affaires courantes en cas d'adoption d'une motion de censure, il est certainement contraire à l'effet utile de l'article 201 CE de permettre à la Commission de se soustraire à cette limitation par une démission préventive volontaire. De plus, le Land estime que, pour éviter que l'article 201 CE soit contourné, en cas de démission collective, la même limitation que celle qui s'applique en cas d'adoption d'une motion de censure doit être appliquée.

80 En outre, la limitation des compétences de la Commission démissionnaire aux affaires courantes résulterait également d'un principe général de droit communautaire à tirer des ordres juridiques des États membres. À cet égard, le Land renvoie à un avis du service juridique de la Commission du 9 janvier 1995.

81 Les requérants soutiennent encore que la démission de l'ensemble des membres de la Commission ne peut être considérée comme une série de démissions individuelles. L'article 215 CE ne concernerait que la démission d'un seul ou de plusieurs membres de la Commission et suppose donc une Commission encore en fonction et pouvant donc être complétée. Ils estiment que voir la démission collective de la Commission comme la somme de démissions individuelles revient à élargir illégalement le champ d'application de l'article 215 CE et à restreindre les droits du Parlement dans la procédure de nomination d'une nouvelle Commission. Ils contestent le fait que le Parlement puisse adopter une motion de censure de la Commission même après une démission de tous les membres de cette dernière et rappellent qu'un projet d'une telle motion a été rejeté comme irrecevable par le président du Parlement.

82 À titre subsidiaire, les requérants allèguent que les fonctions de la défenderesse étaient également limitées à l'expédition des affaires courantes et urgentes étant donné que la Commission était liée par sa propre déclaration du 17 mars 1999, ainsi que par ses lignes directrices du 23 mars 1999 relatives aux activités auxquelles elle voulait se limiter à la suite de sa démission. À cet égard, la WestLB fait observer que la Cour a souvent jugé que des déclarations de la Commission à portée générale ont une nature contraignante à l'égard de cette dernière même si elles ne revêtent pas la forme d'un acte juridique prévu à l'article 249 CE (arrêt de la Cour du 24 mars 1993, CIRFS e.a./Commission, C-313/90, Rec. p. I-1125, points 34 à 36; arrêts du Tribunal du 12 décembre 1996, AIUFFASS et AKT/Commission, T-380/94, Rec. p. II-2169, point 57, et du 5 novembre 1997, Ducros/Commission, T-149/95, Rec. p. II-2031, point 61).

83 En second lieu, les requérants font valoir que la décision attaquée est un cas modèle et un précédent en droit des aides d'État et n'est donc une affaire ni courante ni urgente.

- 84 Ils estiment que la décision attaquée se situe bien au-delà des actes de gestion quotidienne. L'intégration de la WfA à la WestLB se distinguerait de toute autre mesure susceptible d'être qualifiée d'aide d'État par sa structure particulière. De plus, pour la première fois la Commission aurait appliqué le principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché à une entreprise saine en exigeant d'elle un rendement moyen dans le secteur concerné sur les capitaux apportés par l'investisseur public (ci-après le «rendement moyen»). En outre, il s'agirait d'une procédure dont l'issue était déterminante pour d'autres cas semblables.
- 85 Ils ajoutent que la question de savoir si ladite procédure a été ouverte antérieurement à la démission ne joue absolument aucun rôle, sinon, la Commission pourrait travailler de la même manière qu'avant sa démission. Sur l'argument de la défenderesse selon lequel il n'était pas besoin d'apprécier des faits ou circonstances nouvelles au cours de la procédure formelle d'examen, le Land rétorque que, au contraire, c'est pendant cette procédure qu'est apparue la véritable importance de l'enquête et que seule est déterminante la décision de clôture de la procédure. Ainsi, compte tenu des particularités et de l'importance primordiale de l'affaire en cause, la décision attaquée, portant clôture de la procédure, ne pourrait être qualifiée de décision faisant partie intégrante des affaires courantes expédiées par la Commission.
- 86 La décision ne concernerait pas non plus une affaire urgente. La Commission n'aurait pas dû agir afin d'éviter des dommages supplémentaires à la Communauté ou à des particuliers. La procédure d'aides d'État ne serait pas soumise à un délai. De plus, la procédure serait déjà en cours depuis 1994.
- 87 Le Land fait observer également que la pratique antérieure de la Commission lors d'un intérim confirme son opinion selon laquelle la Commission n'était plus compétente pour adopter la décision attaquée parce qu'il ne s'agissait pas d'une affaire ordinaire relevant de la gestion quotidienne des affaires publiques et que son adoption n'était pas non plus urgente. La seule Commission dont le mandat

était arrivé à expiration et qui est restée en fonctions jusqu'à la désignation d'une nouvelle Commission aurait été la Commission sous la présidence de M. J. Delors, qui, au cours de la période de transition, se serait strictement tenue au principe de n'arrêter que des décisions portant sur des affaires courantes et réellement urgentes. Aucune décision de clôture d'une procédure formelle d'examen d'aides d'État n'est intervenue au cours de la période de transition susvisée.

- 88 La Commission, appuyée par le BdB, conteste le fait que la démission de la Commission sous la présidence de M. J. Santer en mars 1999 ait entraîné juridiquement la limitation de ses pouvoirs à l'expédition des affaires courantes et, à titre subsidiaire, soutient que la décision attaquée a été adoptée dans un tel cadre.
- 89 La défenderesse estime irrecevable la production par le Land de l'avis du service juridique de la Commission, mentionné au point 80 ci-dessus, au motif qu'il est un document interne et a été obtenu de manière illégale. Elle demande également au Tribunal le retrait de ce document du dossier de l'affaire T-233/99, conformément à l'article 64, paragraphe 4, du règlement de procédure.

B — *Appréciation du Tribunal*

- 90 À titre préliminaire, conformément aux articles 49 et 64, paragraphe 4, du règlement de procédure, il y a lieu d'analyser la demande de la Commission tendant à voir ordonner le retrait du dossier de l'affaire T-233/99 de l'avis du service juridique de la Commission concernant l'étendue des pouvoirs de cette institution après l'expiration du mandat de ses membres.

- 91 Dès lors que le document en question est un document interne de la Commission et que le Land n'a pas été en mesure de justifier le fait qu'il l'a obtenu régulièrement, il y a lieu de faire droit à la demande de la défenderesse (voir, par analogie, ordonnance de la Cour du 15 octobre 1986, LAISA/Conseil, 31/86, non publiée au Recueil, point 5, et ordonnance du président du Tribunal du 3 mars 1998, Carlsen e.a./Conseil, T-610/97 R, Rec. p. II-485, points 36 à 41 et 45 à 49).
- 92 En outre, le Tribunal estime que cet avis ne présente aucun aspect décisif pour le contrôle de la légalité que le juge communautaire doit effectuer (voir, en ce sens, ordonnances de la Cour du 11 décembre 1986, ICI/Commission, 212/86, non publiée au Recueil, points 5 à 8, et du 20 mars 1991, Advanced Nuclear Fuels/Commission, C-308/90, non publiée au Recueil, point 12; arrêt du Tribunal du 10 mars 1992, Hüls/Commission, T-9/89, Rec. p. II-499, points 85 et 86).
- 93 Par le présent moyen, les requérants invoquent en substance l'illégalité de la décision attaquée en vertu du fait que la Commission était limitée, dans l'exercice de ses fonctions, à l'expédition des affaires courantes et urgentes et que la décision ne concernait pas une affaire de ce type.
- 94 Il y a lieu d'examiner si, indépendamment de la question de savoir si les pouvoirs de la Commission étaient limités au moment de l'adoption de la décision attaquée, cette décision peut être qualifiée d'acte concernant une affaire courante.
- 95 Les requérants ont fait valoir que la décision concernait une mesure qui se distinguait par sa structure particulière des autres mesures soumises à la Commission et que, pour la première fois, la Commission aurait appliqué le principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché à une entreprise saine en exigeant de celle-ci un rendement moyen. En outre, la décision attaquée aurait valeur de précédent pour des affaires similaires.

- 96 Tout d'abord, il y a lieu de relever que la décision attaquée ne constituait pas une initiative politique nouvelle dépassant ainsi les pouvoirs d'une Commission limitée à la gestion des affaires courantes.
- 97 En effet, il convient de constater que, même si la présente affaire présentait certaines différences par rapport à celles traitées précédemment par la défenderesse en matière d'aides d'État, en tout état de cause, par la décision attaquée, la Commission s'est limitée à faire application en la présente espèce d'un régime juridique constitué par des règles et principes bien établis depuis longtemps.
- 98 Une telle application relève de la mission de surveillance attribuée à la Commission par l'article 211 CE et, notamment, de son obligation de veiller à l'application de l'article 87, paragraphe 1, CE de manière à assurer que les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit ne faussent ni ne menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises.
- 99 Une telle obligation s'insère dans la réalisation d'une des tâches essentielles de la Communauté, qui est celle d'assurer que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur, tel que prévu à l'article 3, paragraphe 1, sous g), CE.
- 100 Partant, il doit être considéré que la décision attaquée concerne une affaire relevant de la gestion des affaires courantes.

- 101 En outre, les requérants ne sauraient prétendre que la manière dont la Commission a appliqué le droit communautaire en l'espèce enlèverait à la présente affaire un tel caractère.
- 102 En effet, en ce qui concerne l'application du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché à des entreprises saines, il y a lieu de relever que la Commission avait déjà examiné dans le passé la conformité de certaines mesures à ce principe, malgré le fait que l'entreprise bénéficiaire de cette mesure avait dégagé des bénéfices (décision 98/365/CE de la Commission, du 1^{er} octobre 1997, concernant les aides que la France aurait accordées à SFMI-Chronopost, JO 1998, L 164, p. 37, points I.B et II), et que, d'ailleurs, une telle orientation avait été annoncée par la Commission aux points 22 et 23 de sa communication de 1993 aux États membres relative à l'application des articles [87] et [88] 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, p. 3, ci-après la «communication de la Commission de 1993», voir point 211 ci-après).
- 103 Concernant l'exigence relative au rendement moyen, il y a lieu de considérer que ce dernier ne constitue qu'un instrument analytique pour l'application du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché (voir points 243 à 277 ci-après).
- 104 Dans ces conditions, le fait que la décision attaquée pouvait avoir valeur de précédent pour des affaires similaires n'exclut pas non plus la conclusion selon laquelle la présente affaire doit être considérée comme relevant de la gestion des affaires courantes.
- 105 Le présent moyen doit donc être rejeté, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur le bien-fondé de l'argument relatif à la prétendue limitation des pouvoirs de la Commission à la suite de sa démission.

II — *Sur le deuxième moyen, tiré de la violation des droits de la défense*A — *Arguments des parties*

- 106 Les requérants, appuyés par la République fédérale d'Allemagne, font valoir que la Commission a violé le droit des requérants à être entendus, ainsi que celui de la République fédérale d'Allemagne, en leur refusant l'accès au rapport d'expertise de First Consulting, ainsi qu'aux deux lettres du BdB du 30 octobre 1998 et du 14 janvier 1999 (ci-après les «deux lettres du BdB»), et donc la possibilité de présenter leur point de vue sur ces documents, y compris sur l'expertise du professeur Schulte-Mattler jointe à la dernière de ces lettres. En outre, le Land fait observer que la Commission a retenu dans sa décision un taux de rendement approprié après impôts et donc bien plus élevé que celui auquel il y avait lieu de s'attendre selon la plainte du BdB à l'origine de la procédure et selon le projet de décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen, qui mentionnaient un taux avant impôts. Comme la République fédérale d'Allemagne et le Land n'ont pas pu présenter leurs observations à ce propos, il y aurait une violation des droits de la défense.
- 107 En ce qui concerne le rapport de First Consulting, à titre liminaire, les requérants et la République fédérale d'Allemagne soulignent qu'il constitue un élément essentiel de la motivation de la décision attaquée.
- 108 En premier lieu, les requérants font valoir que sont titulaires du droit d'être entendu non seulement l'État membre destinataire de la décision rendue dans le cadre de la procédure d'aides d'État, mais également l'entreprise présumée bénéficiaire de l'aide (arrêt de la Cour du 12 février 1992, Pays-Bas/Commission, C-48/90 et C-66/90, Rec. p. I-565, points 50 et suivants). Bien que ce droit ait été reconnu concernant l'application de l'article 86 CE, il devrait l'être a fortiori dans la procédure en matière d'aides fondée sur l'article 87 CE. Ils rejettent l'argument

de la Commission tiré de l'arrêt du Tribunal du 25 juin 1998, *British Airways e.a. et British Midland Airways/Commission* (T-371/94 et T-394/94, Rec. p. II-2405, points 57 à 64), en ce que la référence qui y est contenue aux intéressés ne concernerait que les concurrents, à l'exclusion des bénéficiaires de l'aide.

- 109 En toute hypothèse, la WestLB, appuyée par la République fédérale d'Allemagne, soutient qu'elle n'a pas été associée à la procédure administrative dans une mesure adéquate tenant compte des circonstances du cas d'espèce (arrêt *British Airways e.a. et British Midland Airways/Commission*, précité, point 60, et arrêt du Tribunal du 16 décembre 1999, *Acciaierie di Bolzano/Commission*, T-158/96, Rec. p. II-3927, point 45). Elle fait encore valoir que les principes de la pratique administrative de la Commission relatifs au droit des tiers à être entendus, dans le cadre du contrôle des concentrations, sont à transposer, par analogie, dans le cadre des aides d'État. C'est de cette manière seulement que pourrait être satisfaite l'exigence formulée par le Tribunal dans son arrêt *British Airways e.a. et British Midland Airways/Commission*, précité.
- 110 En outre, les requérants soutiennent que ce n'est pas à la Commission qu'il appartient de décider si des documents déterminés contiennent ou non des informations utiles pour les intéressés, mais qu'elle doit rendre accessible aux entreprises concernées l'ensemble des documents à charge et à décharge qu'elle a recueillis au cours de l'enquête, sous réserve de documents confidentiels (arrêts du Tribunal du 17 décembre 1991, *Hercules Chemicals/Commission*, T-7/89, Rec. p. II-1711, point 54; du 29 juin 1995, *Solvay/Commission*, T-30/91, Rec. p. II-1775, point 101, et *ICI/Commission*, T-36/91, Rec. p. II-1847, point 111).
- 111 S'agissant du droit de présenter des observations prévu à l'article 20 du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article [88] du traité CE (JO L 83, p. 1), la WestLB estime qu'il n'est qu'une émanation du principe général du droit d'être entendu, que cet article applique sans pouvoir en limiter la portée dans le droit relatif aux aides d'État.

- 112 Le Land estime pouvoir invoquer une violation de ses propres droits de la défense, puisque la présente procédure a pour objet exclusif un acte qu'il a adopté et, ainsi, étant seul donneur d'aide, sa position dans la procédure se distinguerait de celle d'une autre partie concernée par la procédure.
- 113 En second lieu, en ce qui concerne la portée du droit d'être entendu, les requérants invoquent la jurisprudence de la Cour pour contester l'appréciation selon laquelle un droit d'être entendu peut être utilement et efficacement exercé s'il ne porte que sur des faits, mais non sur les appréciations qui en sont données par la Commission (arrêts de la Cour du 10 juillet 1986, Belgique/Commission, 234/84, Rec. p. 2263, point 27, et Belgique/Commission, 40/85, Rec. p. 2321, point 28).
- 114 Contestant l'argument selon lequel le rapport de First Consulting ne saurait être communiqué dès lors qu'il a le caractère de document interne, les requérants allèguent que ce rapport ne saurait recevoir une telle classification. La WestLB invoque à l'appui de son point de vue la communication de la Commission relative aux règles de procédure interne pour le traitement des demandes d'accès au dossier dans les cas d'application des articles [81] et [82] du traité CE, des articles 65 et 66 du traité CECA et du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil (JO 1997, C 23, p. 3), relevant du droit des ententes et du contrôle des concentrations.
- 115 En outre, la WestLB et la République fédérale d'Allemagne rappellent que, au cours de la réunion du 10 novembre 1998, M. Martin Power, directeur à la DG IV, avait promis l'accès au rapport de First Consulting avant la clôture de la procédure administrative et demandent au Tribunal d'entendre, dans le cadre de la procédure orale devant le Tribunal, MM. Peter Fleischer et Gerhard Knoke, en leur qualité de participants à cette réunion, en tant que témoins quant à cette question.

- 116 En ce qui concerne les deux lettres du BdB, mentionnées aux considérants 9 et 10 de la décision, les requérants et la République fédérale d'Allemagne soulignent leur importance aux fins de l'adoption de la décision attaquée et reprochent à la Commission de ne pas les leur avoir communiquées.
- 117 Le Land allègue que la simple éventualité d'une influence négative sur la procédure suffit pour que la violation des droits de la défense emporte l'annulation de la décision (arrêt de la Cour du 14 février 1990, France/Commission, dit «Boussac», C-301/87, Rec. p. I-307, point 31, et les conclusions de l'avocat général M. Jacobs sous cet arrêt, Rec. p. I-328 point 24). Il estime que seule cette interprétation est conforme à la signification fondamentale du principe des droits de la défense, toute partie intéressée à la procédure devant être entendue au sujet de l'ensemble des principales questions et devant pouvoir présenter sa défense dans les meilleures conditions possibles.
- 118 La Commission, appuyée par le BdB, conteste l'argumentation des requérants et fait valoir, premièrement, qu'ils n'ont pas de droit à être entendus lors de la procédure en matière d'aides d'État, deuxièmement, qu'en l'espèce ils ont été associés d'une manière adéquate à la procédure et, troisièmement, que la connaissance des éventuelles observations des requérants ou de la République fédérale d'Allemagne à l'égard du rapport de First Consulting et des lettres du BdB ne l'aurait pas amenée à prendre une décision différente de celle attaquée.

B — *Appréciation du Tribunal*

- 119 Tout d'abord, conformément aux articles 49 et 65 du règlement de procédure, il y a lieu d'analyser la demande visant à entendre MM. Peter Fleischer et Gerhard Knoke, en leur qualité de participants à la réunion du 10 novembre 1998, en tant

que témoins quant à la question de savoir si au cours de cette réunion M. Martin Power, directeur à la DG IV, a promis aux requérants et à la République fédérale d'Allemagne l'accès au rapport de First Consulting avant la clôture de la procédure administrative.

- 120 Le Tribunal estime que l'audition de ces témoins ne présenterait aucun aspect décisif pour le contrôle de légalité que le juge communautaire doit effectuer, dès lors que la question pertinente pour déterminer l'existence d'une éventuelle violation des droits des requérants ou de la République fédérale d'Allemagne n'est pas celle de savoir si M. Martin Power leur a promis l'accès à ce document, mais celle de savoir si la Commission avait l'obligation de leur octroyer cet accès (voir, par analogie, la jurisprudence citée au point 92 ci-dessus).
- 121 Selon une jurisprudence bien établie, le respect des droits de la défense dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief à celle-ci constitue un principe fondamental de droit communautaire et doit être assuré même en l'absence d'une réglementation spécifique. Ce principe exige que la personne concernée ait été mise en mesure, dès le stade de la procédure administrative, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits, griefs et circonstances allégués par la Commission (arrêt du Tribunal du 30 mars 2000, Kish Glass/Commission, T-65/96, Rec. p. II-1885, point 32).
- 122 Or, la procédure administrative en matière d'aides d'État est seulement ouverte à l'encontre de l'État membre concerné. Les entreprises bénéficiaires des aides et les entités territoriales infra-étatiques qui octroient les aides, telles que les requérants, tout comme les concurrents des bénéficiaires des aides, sont uniquement considérés comme étant des «intéressés» dans cette procédure (voir, en ce sens, arrêt Acciaierie di Bolzano/Commission, précité, point 42).

- 123 En outre, il est de jurisprudence constante que, lors de la phase d'examen visée à l'article 88, paragraphe 2, CE, la Commission a le devoir de mettre en demeure les intéressés de présenter leurs observations (arrêts de la Cour du 19 mai 1993, *Cook/Commission*, C-198/91, Rec. p. I-2487, point 22; du 15 juin 1993, *Matra/Commission*, C-225/91, Rec. p. I-3203, point 16, et du 2 avril 1998, *Commission/Sytraval et Brink's France*, C-367/95 P, Rec. p. I-1719, point 59).
- 124 En ce qui concerne ce devoir, la Cour a jugé que la publication d'un avis au Journal officiel constitue un moyen adéquat en vue de faire connaître à tous les intéressés l'ouverture d'une procédure (arrêt de la Cour du 14 novembre 1984, *Intermills/Commission*, 323/82, Rec. p. 3809, point 17), tout en précisant que «cette communication vise exclusivement à obtenir, de la part des intéressés, toutes informations destinées à éclairer la Commission dans son action future» (arrêts de la Cour du 12 juillet 1973, *Commission/Allemagne*, 70/72, Rec. p. 813, point 19, et du Tribunal du 22 octobre 1996, *Skibsværftsforeningen e.a./Commission*, T-266/94, Rec. p. II-1399, point 256).
- 125 Cette jurisprudence impartit essentiellement aux intéressés le rôle de sources d'information pour la Commission dans le cadre de la procédure administrative engagée au titre de l'article 88, paragraphe 2, CE. Il s'ensuit que les intéressés, loin de pouvoir se prévaloir des droits de la défense reconnus aux personnes à l'encontre desquelles une procédure est ouverte, disposent du seul droit d'être associés à la procédure administrative dans une mesure adéquate tenant compte des circonstances du cas d'espèce (arrêts *British Airways e.a.* et *British Midland Airways/Commission*, précité, points 59 et 60).
- 126 En l'espèce, les requérants font valoir que la Commission a violé leur droit d'être entendu et celui de la République fédérale d'Allemagne, d'une part, en leur refusant l'accès au rapport de First Consulting, aux deux lettres du BdB et à l'expertise du professeur Schulte-Mattler jointe à une de ces lettres et, d'autre part, en vertu du fait qu'elle a retenu dans sa décision un taux de rendement après impôts sans l'avoir évoqué auparavant.

127 En ce qui concerne les requérants, il y a lieu de considérer que, malgré le caractère restreint des droits à la participation et à l'information susmentionné, ils ont néanmoins eu la possibilité de faire connaître utilement leur point de vue sur la réalité et la pertinence des faits, griefs et circonstances allégués par la Commission à l'encontre de l'opération litigieuse.

128 En effet, les éléments à la disposition du Tribunal, relatifs à la participation directe et indirecte des requérants à la procédure administrative, indiquent clairement qu'ils ont eu l'opportunité d'exposer leur opinion sur les faits et griefs allégués par la Commission dans la décision attaquée.

129 À cet égard, il convient de relever, en particulier, que les requérants ont eu la possibilité, d'une part, de discuter des différents aspects de l'affaire lors de plusieurs rencontres avec des représentants de la Commission et, d'autre part, de présenter à la défenderesse des documents pour étayer leurs positions. Par exemple, en ce qui concerne la rémunération appropriée de l'opération litigieuse, la WestLB a fourni à la Commission une expertise d'une banque d'investissement qu'elle avait chargée d'évaluer cette rémunération. Dans ce contexte, à plus forte raison, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que le refus d'accès aux documents en cause ou le choix du taux de rendement retenu ont empêché leur association à la procédure administrative dans une mesure adaptée aux circonstances du cas d'espèce.

130 Cette constatation est confirmée par le fait que la décision attaquée analyse et fait souvent référence aux arguments des requérants. Elle est également confirmée par le fait que, comme il sera apprécié ci-après, le droit de la République fédérale d'Allemagne à être entendue n'a pas davantage été violé dans la présente espèce.

131 Dans ces conditions, le présent moyen doit être rejeté en ce qui concerne le grief concernant la prétendue violation des droits des requérants à être entendus.

- 132 Toutefois, il y a lieu de rappeler que le caractère restreint des droits des intéressés n'affecte pas le devoir qui incombe à la Commission, en vertu de l'article 253 CE, de motiver d'une façon suffisante sa décision finale (arrêt *British Airways e.a.* et *British Midland Airways/Commission*, précité, points 64 et 94).
- 133 En ce qui concerne la République fédérale d'Allemagne, le grief tiré de la violation de son droit à être entendue sera analysé ci-dessous dans le cadre de l'examen du respect par la Commission des formalités substantielles.

III — *Sur le troisième moyen, tiré de la violation de formes substantielles*

- 134 Les requérants font valoir que la décision attaquée est entachée d'une violation des formes substantielles au sens de l'article 230, deuxième alinéa, CE. À ce titre, le Tribunal examinera trois branches. La première concerne le droit de la République fédérale d'Allemagne à être entendue, la deuxième porte sur de prétendues constatations erronées de circonstances de fait et la troisième porte sur la prétendue violation du principe de neutralité.

A — *Première branche: droit de la République fédérale d'Allemagne à être entendue*

1. Arguments des parties

- 135 Les requérants et la République fédérale d'Allemagne soutiennent que le droit de cette dernière à être entendue a été violé en ce que l'accès au rapport de First

Consulting et aux lettres du BdB lui a été refusé. À cet égard, ces parties énoncent les arguments exposés ci-dessus aux points 106, 107, 110, 113, 114, 116 et 117. La WestLB allègue que le refus d'accès au rapport de First Consulting est contraire à l'article 6, paragraphe 2, du règlement n° 659/1999, qui prévoit que les observations des parties intéressées que la Commission reçoit à la suite de la publication de la décision d'ouvrir la procédure au Journal officiel sont communiquées à l'État membre concerné. Cette disposition devrait être interprétée dans le sens que l'État membre doit être en mesure de faire connaître son point de vue sur toutes les données déterminantes pour l'adoption de la décision finale. La WestLB estime que, en tant que bénéficiaire de l'aide, elle dispose d'un droit propre à ce que la Commission respecte la procédure prévue dans le règlement n° 659/1999, puisque le déroulement régulier de la procédure relevant du droit des aides répond également à l'intérêt de l'entreprise concernée. Il ne saurait être exclu que, sur la base des observations présentées par le gouvernement fédéral, la Commission aurait reconnu ses erreurs et aurait arrêté une décision différente de celle finalement adoptée.

- 136 La République fédérale d'Allemagne soutient que son droit à être entendue doit être examiné dans le cadre de la présente procédure devant le Tribunal, en invoquant l'ordonnance de la Cour du 8 février 2000, Allemagne/Commission (C-376/99, non publiée au Recueil), qui, en vertu de l'article 47, troisième alinéa, du statut de la Cour, a suspendu la procédure relative au recours qu'elle a formé devant la Cour contre la décision attaquée. Elle estime que c'est seulement à cette condition que la présente procédure soulèvera les mêmes questions d'interprétation, au sens de cette disposition, que la procédure devant la Cour.
- 137 La Commission, appuyée par le BdB, soutient que les requérants ne peuvent faire valoir que la violation de leurs propres droits procéduraux et que l'exception établie par le Tribunal dans son arrêt du 19 juin 1997, Air Inter/Commission (T-260/94, Rec. p. II-997), concernant la violation des formes obligatoires, n'est pas applicable en l'espèce, puisqu'une telle violation ne s'est pas vérifiée.
- 138 En outre, la Commission conteste le fait que l'Allemagne puisse faire valoir dans la présente procédure son droit à être entendue, en invoquant à ce propos

l'article 37, quatrième alinéa, du statut de la Cour, l'article 116, paragraphe 3, du règlement de procédure du Tribunal, l'arrêt de la Cour du 8 juillet 1999, *Chemie Linz/Commission* (C-245/92 P, Rec. p. I-4643), et l'ordonnance du président de la Cour du 18 novembre 1999, *Pfizer Animal Health/Conseil* [C-329/99 P(R), Rec. p. I-8343].

2. Appréciation du Tribunal

139 À titre préliminaire, le Tribunal examinera la question relative à l'existence d'un droit des requérants et de la République fédérale d'Allemagne d'invoquer dans le cadre de la présente procédure devant le Tribunal le droit de cet État membre à être entendu.

140 D'une part, en ce qui concerne le droit des requérants d'invoquer le droit de la République fédérale d'Allemagne à être entendue, il y a lieu de rappeler que la procédure administrative d'examen des aides d'État est seulement ouverte à l'encontre de l'État membre concerné et que les décisions adoptées par la Commission à la fin de cette procédure ont pour destinataires les États membres concernés (arrêt *Commission/Sytraval et Brink's France*, précité, point 45). En outre, conformément à l'article 88, paragraphe 2, CE, l'État membre concerné est responsable de l'exécution de la décision éventuelle de la Commission de suppression ou de modification de l'aide d'État en question.

141 Dans ces conditions, eu égard au rôle central de l'État membre concerné dans cette procédure, il y a lieu de considérer que l'audition de cet État dans la même procédure constitue une formalité substantielle dont le non-respect entraîne la nullité des décisions de la Commission qui ordonnent la suppression ou la

modification d'une aide (voir, par analogie, arrêts de la Cour du 7 mai 1991, *Interhotel/Commission*, C-291/89, Rec. p. I-2257, point 17; *Oliveira/Commission*, C-304/89, Rec. p. I-2283, point 21, et *Air Inter/Commission*, précité, point 80).

- 142 Par conséquent, l'entreprise bénéficiaire de l'aide, tout comme l'entité territoriale infra-étatique qui l'a octroyée, disposent d'un intérêt légitime à se prévaloir d'un tel vice de la décision de la Commission, dès lors que le non-respect éventuel du droit de l'État membre à être entendu peut avoir eu une incidence sur la légalité de l'acte attaqué (voir, par analogie, arrêt *Oliveira/Commission*, précité, point 17).
- 143 En tout état de cause, il y a lieu de rappeler qu'il résulte de la jurisprudence que le juge communautaire peut examiner d'office la violation des formes substantielles (arrêts de la Cour du 21 décembre 1954, *France/Haute Autorité*, 1/54, Rec. p. 7; *Italie/Haute Autorité*, 2/54, Rec. p. 73; du 20 mars 1959, *Nold/Haute Autorité*, 18/57, Rec. p. 89; *Interhotel/Commission*, précité, point 14, et *Oliveira/Commission*, précité, point 18).
- 144 D'autre part, en ce qui concerne la possibilité pour la République fédérale d'Allemagne d'invoquer en l'espèce son propre droit à être entendue, il y a lieu de constater qu'il n'existe pas de disposition de droit communautaire ou de précédent jurisprudentiel qui soit contraire à cette possibilité.
- 145 En revanche, il résulte d'une jurisprudence constante que l'article 37, quatrième alinéa, du statut de la Cour ne s'oppose pas à ce que l'intervenant fasse état d'arguments différents de ceux de la partie qu'il soutient, pourvu qu'il vise à soutenir les conclusions de cette partie (arrêts de la Cour du 23 février 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Haute Autorité*, 30/59, Rec. p. 1; du 19 novembre 1998, *Royaume-Uni/Conseil*, C-150/94, Rec. p. I-7235, point 36, et

du 8 juillet 1999, ICI/Commission, C-200/92 P, Rec. p. I-4399, points 31 à 33, 37 et 38). Or, en l'espèce, il est clair que la République fédérale d'Allemagne ne présente pas des conclusions différentes de celles des requérants. Par ailleurs, en ce qui concerne la présente question, les requérants et la République fédérale d'Allemagne présentent exactement le même argument, à savoir, que le droit de cette dernière à être entendue a été violé.

146 Les arguments de la défenderesse à cet égard sont dénués de pertinence. Outre l'article 37, quatrième alinéa, du statut de la Cour, déjà mentionné, l'article 116, paragraphe 3, du règlement de procédure du Tribunal se limite à disposer que «[l']intervenant accepte le litige dans l'état où il se trouve lors de son intervention». De plus, l'arrêt *Chemie Linz/Commission*, précité, applique la jurisprudence constante selon laquelle l'intervenant peut soutenir les conclusions d'un requérant, même avec des arguments différents de celui-ci, mais ne peut pas présenter des conclusions qui ne correspondent pas aux conclusions du requérant (voir également arrêt du 8 juillet 1999, ICI/Commission, précité, points 22 à 33). Enfin, l'ordonnance *Pfizer Animal Health/Conseil*, précitée (points 92 à 97), se limite à déclarer que, dans le cadre d'une demande de sursis à l'exécution d'un acte, l'intervenant, s'il peut faire valoir ses intérêts, ne peut pas élargir l'objet du litige en réclamant un droit propre à une protection juridictionnelle provisoire en sa faveur.

147 Il y a donc lieu de reconnaître aux requérants et à la République fédérale d'Allemagne le droit d'invoquer dans la présente procédure la violation du droit de cet État membre à être entendu, en tant que violation d'une formalité substantielle de la procédure administrative litigieuse.

148 S'agissant de la pertinence du présent grief, il y a lieu de rappeler que, tel que mentionné au point 121 ci-dessus, le respect des droits de la défense dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief à celle-ci constitue un principe fondamental de droit communautaire et doit être assuré même en l'absence d'une réglementation spécifique. Ce

principe exige que la personne contre laquelle la Commission a entamé une procédure administrative ait été mise en mesure, au cours de cette procédure, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits, griefs et circonstances allégués par la Commission.

149 En l'espèce, les requérants et la République fédérale d'Allemagne font valoir que la Commission a violé le droit de cet État membre à être entendue, d'une part, en refusant au gouvernement allemand l'accès au rapport de First Consulting, aux deux lettres du BdB et à l'expertise du professeur Schulte-Mattler jointe à une de ces lettres et, d'autre part, en vertu du fait qu'elle a retenu dans sa décision un taux de rendement après impôts et donc bien plus élevé que celui auquel il y avait lieu de s'attendre selon la plainte du BdB à l'origine de la procédure et selon le projet de décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen, qui mentionnaient un taux avant impôts.

150 Il y a donc lieu d'examiner si le refus d'accès de la République fédérale d'Allemagne à ces documents et le choix d'un taux de rendement après impôts ont empêchés la République fédérale d'Allemagne de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits, griefs et circonstances allégués par la Commission à l'appui de sa conclusion quant à l'existence de la violation du droit communautaire constatée par la décision attaquée.

151 En ce qui concerne les documents susmentionnés, il y a lieu de constater que le rapport de First Consulting a été élaboré presque à la fin de la procédure administrative. Il a résumé et commenté les positions des différentes parties à cette procédure et, sur plusieurs points essentiels, la Commission s'est écartée du point de vue qu'il défendait. La lettre du BdB du 30 octobre 1998 répond à des questions posées par la Commission lors de la réunion bilatérale avec le BdB qui avait eu lieu le 16 septembre 1998 et prend position sur certains aspects d'un rapport d'expertise fourni par la WestLB.

- 152 La lettre du BdB du 14 janvier 1999 revient sur une question discutée lors de la réunion multilatérale d'experts du 10 novembre 1998, en présentant à ce propos le rapport du professeur Schulte-Mattler qui a été annexé à cette lettre. La même lettre insiste très brièvement sur certains points de l'analyse de l'opération litigieuse et répète la demande visant à ce que la procédure débouche sur une décision. Le rapport du professeur Schulte-Mattler développe l'examen de la question relative au rendement des capitaux propres dans le cadre de l'analyse de l'opération litigieuse.
- 153 L'importance de l'accès à ces documents doit être examinée dans le contexte de l'ensemble de la procédure administrative (voir la description de cette procédure aux points 23 et 25 à 28 ci-dessus). Or, avant même l'ouverture de la procédure prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE, la défenderesse a demandé aux autorités allemandes de lui fournir des informations et ses représentants ont rencontré à plusieurs reprises des représentants des autorités allemandes. En outre, la décision d'ouverture de la procédure a exposé en détail l'analyse provisoire par la Commission de l'opération litigieuse, notamment en ce qui concerne la rémunération appropriée pour les capitaux provenant de la WfA, et a conclu, à titre provisoire, que l'opération contenait «probablement des éléments d'aides d'État au sens de l'article [87], paragraphe 1, [CE]» (décision d'ouverture de la procédure, point 11). À la suite de l'ouverture de cette procédure, la Commission a transmis au gouvernement allemand les observations que les intéressés lui avaient présentées, sur lesquelles ce gouvernement a formulé ses commentaires. Les autorités allemandes ont également été conviées et ont été présentes à une réunion multilatérale qui s'est déroulée le 10 novembre 1998 pour discuter de plusieurs aspects de l'opération litigieuse. Par la suite, la Commission a encore demandé et obtenu des informations supplémentaires du gouvernement allemand.
- 154 Cet ensemble de contacts entre les autorités allemandes et la Commission a concerné plusieurs aspects de l'opération litigieuse, y compris ceux relatifs aux questions sur lesquelles les documents décrits aux points 151 et 152 ci-dessus portent essentiellement. Cette constatation est confirmée par l'analyse détaillée faite dans la décision attaquée des positions du gouvernement allemand, y compris en ce qui concerne ces questions.

155 En ce qui concerne l'utilisation dans la décision attaquée d'un taux de rendement après impôts, il y a lieu de souligner, tout d'abord, que la décision d'ouverture de la procédure fait mention d'un rendement après impôts et exposait, également par référence à ce type de rendement, qu'«il [était] très douteux qu'un investisseur opérant dans une économie de marché, si l'on considère le rendement qu'il attend normalement d'un investissement, [ait] accepté une rémunération fixe de 0,6 % pour les capitaux apportés à la WestLb», en spécifiant que «[m]ême sans fixer à ce stade de critère de comparaison définitif, on peut considérer que cette valeur est nettement inférieure à celle qui serait exigée d'un investisseur opérant dans une économie de marché pour un investissement analogue» (point 7.2).

156 En outre, ainsi que la Commission le relève à juste titre, ni la plainte du BdB, ni le projet de décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen ne constituent des actes susceptibles de faire naître des attentes qui seraient pertinentes sur le plan juridique et que la Commission serait tenue de prendre en considération lors de l'élaboration de la décision finale. Enfin, la République fédérale d'Allemagne a pu effectivement présenter ses observations à l'égard du rendement approprié de l'opération litigieuse et elle ne saurait invoquer une violation de son droit à être entendue en se basant simplement sur le fait qu'elle n'a pas connu, avant l'adoption de la décision attaquée, le type de taux de rendement que cette décision a utilisé.

157 Il ne saurait non plus être considéré que l'article 6, paragraphe 2, du règlement n° 659/1999 a été violé, dans la mesure où les observations des parties intéressées que la défenderesse a reçues en l'espèce, à la suite de la publication au Journal officiel de la décision d'ouverture de la procédure, ont été effectivement communiquées par la Commission au gouvernement allemand et où les documents mentionnés par les requérants à l'appui de leur grief ont été présentés à la Commission à une phase postérieure de la procédure administrative. Par ailleurs, ces documents, pour l'essentiel, ne constituaient qu'un développement ou n'apportaient que des précisions à l'égard de positions déjà exprimées par les parties à la procédure administrative, ainsi que cela a été exposé aux points 151 et 152 ci-dessus.

- 158 Il résulte de tout ce qui précède que la République fédérale d'Allemagne a eu la possibilité de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits, griefs et circonstances allégués par la Commission à l'appui de sa conclusion quant à l'existence de la violation du droit communautaire constatée par la décision attaquée.
- 159 Il s'ensuit que la décision attaquée n'est pas entachée d'illégalité du fait d'une violation d'une formalité substantielle qui découlerait de la méconnaissance du droit de la République fédérale d'Allemagne à être entendue. Le grief des requérants et de la République fédérale d'Allemagne à cet égard doit donc être rejeté.

B — Deuxième branche: constatations erronées de circonstances de fait

1. Arguments des parties

- 160 Le Land fait valoir que, à certains égards, la description des faits effectuée par la Commission dans la décision attaquée est incomplète ou erronée. Il estime, en premier lieu, que les affirmations de la Commission aux considérants 13 et suivants de la décision attaquée sont incomplètes en ce qui concerne la structure du système bancaire allemand, les missions et la fonction de la WestLB, ainsi que sur les missions de droit public à exécuter par celle-ci. En second lieu, le Land soutient que dans la décision attaquée existent des constatations erronées de circonstances de fait dont le rôle est déterminant dans l'erreur d'appréciation commise dans la présente affaire. Il conteste que la WestLB soit une entreprise nécessitant des mesures d'assainissement, que l'apport de la WfA à la WestLB soit irrévocable et que le transfert du patrimoine de la WfA ait été la seule manière pour la WestLB de satisfaire aux nouvelles exigences prudentielles sans réduire les actifs à risques pondérés.

- 161 La Commission conteste l'argument selon lequel la prise en compte dans la décision attaquée des éléments mentionnés par le Land aurait entraîné une appréciation juridique autre que celle contenue dans cette décision. S'agissant des prétendues constatations erronées des faits, la défenderesse conteste avoir affirmé dans la décision attaquée que le cas de la WestLB représentait un cas d'assainissement. Elle explique pourquoi il est légitime d'affirmer que le Land perd, du moins partiellement, son droit à disposer des actifs de la WfA et réaffirme que la WestLB n'avait pas d'autres possibilités que l'intégration des actifs de la WfA pour satisfaire aux nouveaux critères de solvabilité sans réduire les actifs à risques pondérés.

2. Appréciation du Tribunal

- 162 Pour autant que dans le cadre du grief une motivation erronée en fait soit critiquée, il convient de rappeler qu'il ressort de la jurisprudence que, même si un considérant d'un acte litigieux comporte une mention erronée en fait, ce vice de forme ne peut cependant pas conduire à l'annulation de cet acte si les autres considérants fournissent une motivation suffisante par elle-même (arrêts de la Cour du 20 octobre 1987, Espagne/Conseil et Commission, 119/86, Rec. p. 4121, point 51, et du Tribunal du 21 janvier 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke et Lech-Stahlwerke/Commission, T-129/95, T-2/96 et T-97/96, Rec. p. II-17, point 160). Or, la question de la motivation de la décision attaquée sera analysée ci-après, dans le cadre de l'examen du cinquième moyen.
- 163 En outre, pour autant que dans le cadre du grief la présentation des faits sous-jacents à l'application en l'espèce du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché soit critiquée, il y a lieu de considérer que, d'une part, le Land n'a pas démontré dans quelle mesure la prétendue présentation erronée des faits donnée par la Commission aurait conduit la défenderesse à faire une appréciation juridique ou économique erronée de l'opération litigieuse et, d'autre part, cette question relève de l'analyse de fond de la présente affaire, qui est faite ci-après dans le cadre de l'examen du sixième moyen (voir, en particulier, les points 336, 350 et 351, 405 et 419 ci-après).

C — *Troisième branche: violation du principe de neutralité*

1. Arguments des parties

- 164 Le Land soutient que la Commission a violé son obligation d'impartialité en avantageant le BdB au cours de la procédure et en décrivant d'une manière tendancieuse les circonstances de fait. La Commission aurait violé son obligation d'impartialité en demandant au seul BdB, outre sa demande aux autorités allemandes, de mettre à sa disposition des documents et en ayant refusé de divulguer les documents fournis par le BdB aux autres intéressés. Concernant la présentation tendancieuse des circonstances de fait, il conteste, notamment, l'assimilation de la WestLB à une banque commerciale indépendante qui découlerait de la décision attaquée.

2. Appréciation du Tribunal

- 165 En ce qui concerne la supposée description tendancieuse des circonstances de fait, ce grief se réduit à celui relatif aux constatations erronées de circonstances de fait, qui vient d'être analysé dans le cadre de la deuxième branche du présent moyen.
- 166 En ce qui concerne l'invocation du fait que la Commission n'a pas divulgué certains documents du BdB, ce grief se réduit à l'argument relatif à la violation des droits de la défense, déjà analysé et rejeté ci-dessus, ou à celui relatif à la violation de l'obligation de motivation, à examiner postérieurement, dans le cadre du cinquième moyen.

167 S'agissant de l'obligation d'impartialité, il est vrai que l'obligation d'examen diligent et impartial d'un dossier est imposée à la Commission, notamment dans le cadre de l'article 88 CE. Cette obligation trouve son reflet dans le droit à une bonne administration qui fait partie des principes généraux de l'État de droit communs aux traditions constitutionnelles des États membres (en ce sens, arrêt du Tribunal du 30 janvier 2002, *max.mobil/Commission*, T-54/99, Rec. p. II-313, points 48 et 49, et la jurisprudence citée).

168 Or, en l'espèce, l'argument tiré d'une violation de l'obligation d'impartialité ne saurait être accueilli. En effet, la Commission n'a pas avantagé le BdB au cours de la procédure administrative. D'une part, elle a demandé à plusieurs reprises des informations à la République fédérale d'Allemagne et, d'autre part, les requérants n'ont pas été empêchés de fournir des documents et des informations, ayant eu, au contraire, l'opportunité de présenter et d'étayer leurs positions. Par ailleurs, la procédure administrative en matière d'aides d'État n'est pas une procédure contradictoire en ce qui concerne les requérants.

169 Eu égard à ce qui précède, les première et troisième branches du présent moyen doivent être rejetées. La deuxième branche sera analysée ci-après, lors de l'examen des cinquième et sixième moyens.

IV — Sur le quatrième moyen, tiré de la violation des articles 87, paragraphe 1, CE et 295 CE, en ce qui concerne l'interprétation de la notion d'aide d'État

170 Les requérants font valoir que la décision attaquée viole les articles 87, paragraphe 1, CE et 295 CE, dans la mesure où elle fait une interprétation erronée de la notion d'aide d'État.

- 171 Dans le cadre de la première branche de ce moyen, le Land soutient que l'opération litigieuse ne constitue pas une aide accordée au moyen de ressources d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE. Dans le cadre de la deuxième branche, les requérants reprochent à la Commission d'avoir élargi la notion d'aide d'État en appliquant le principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché à une entreprise rentable et en interprétant ce principe de manière à exiger au moins un rendement moyen dans le secteur concerné sur les capitaux apportés par l'investisseur public.

A — Première branche: existence de ressources d'État

1. Arguments des parties

- 172 Le Land allègue que l'opération litigieuse ne constitue pas une aide accordée au moyen de ressources d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE. Il soutient qu'il n'existe pas de ressources d'État quand ce dernier, ne sortant pas de son rôle de propriétaire ou d'entrepreneur, réalise un apport de capitaux à une entreprise dégageant durablement des bénéfices et à des fins exclusivement entrepreneuriales. Il allègue que l'opération a eu lieu parce que, de son point de vue d'entrepreneur, elle permettrait d'utiliser le patrimoine de WfA de la manière la plus judicieuse d'un point de vue économique.
- 173 Pour le Land, la démonstration de l'existence d'une aide octroyée au moyen de ressources d'État doit être préalable à la question de savoir si cette mesure a pour effet d'induire un traitement de faveur.

- 174 Le Land, soutenu par la République fédérale d'Allemagne, fait valoir qu'on ne peut apprécier si un apport de capital constitue une aide accordée au moyen de ressources d'État qu'en le comparant aux opérations effectuées par un investisseur dans les conditions normales d'une économie de marché, et donc uniquement en adoptant le point de vue de ce dernier. Dans sa décision, la Commission se serait néanmoins bornée à constater que l'entreprise a été favorisée, exigeant, de manière erronée, que l'apport de capitaux fondé sur des considérations d'entreprise de la part des pouvoirs publics soit toujours assorti d'une contrepartie appropriée.
- 175 À cet égard, le Land soutient que l'idée de la Commission selon laquelle il conviendrait de s'assurer d'une rémunération appropriée est étrangère à l'essence même de l'apport de capitaux fondé sur des considérations d'entreprise. Dans un tel apport, il n'existerait pas une relation synallagmatique et une «rémunération» à fixer de manière ferme. L'investisseur compterait seulement sur le fait que l'entreprise bénéficiaire dégagera des bénéfices sur ces capitaux, qui reviendront alors à l'investisseur. Entre-temps, l'augmentation de la valeur de l'entreprise constituerait une partie essentielle du rendement revenant à l'investisseur pour son apport de capitaux. Le fait que les ressources soient exposées à certains risques et que cette rémunération ne puisse pas être garantie caractériserait justement l'apport de capitaux fondé sur des considérations d'entreprise.
- 176 La Commission répond que des ressources d'État demeurent des ressources d'État, même si elles ont été employées dans le cadre d'une «activité d'entreprise» exercée par l'État. Si l'apport de ressources d'État ne constitue pas une aide, ce ne serait pas parce que cet apport est fait dans le cadre d'une activité d'entreprise exercée par l'État, mais seulement parce que ce dernier s'assurerait une rémunération appropriée de cet apport. Il conviendrait, ainsi, de contrôler que l'État, lors de la mise en œuvre de ressources financières, agit justement comme un entrepreneur privé dans une situation comparable.
- 177 La Commission soutient que son approche pour déterminer l'existence d'une aide d'État n'a pas exclu la perspective de l'investisseur dans une économie de marché,

bien que les points de vue de l'entreprise bénéficiaire et de ses concurrents aient également été pris en considération. En outre, contrairement à ce que le Land et la République fédérale d'Allemagne soutiennent, cette position ne serait contraire ni à sa propre pratique décisionnelle ni à la jurisprudence (arrêt du Tribunal du 14 décembre 2000, Ufex e.a./Commission, T-613/97, Rec. p. II-4055, point 69).

2. Appréciation du Tribunal

- 178 À titre liminaire, il convient de rappeler que l'article 87, paragraphe 1, CE déclare 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.
- 179 Pour que des avantages puissent être qualifiés d'aides au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE, ils doivent, d'une part, être accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État et, d'autre part, être imputables à l'État (arrêt de la Cour du 16 mai 2002, France/Commission, C-482/99, Rec. p. I-4397, point 24, et la jurisprudence citée).
- 180 Toutefois, cette disposition ne fait pas de distinction entre les interventions étatiques selon leurs causes ou leurs objectifs, mais les définit en fonction de leurs effets (voir arrêt de la Cour du 26 septembre 1996, France/Commission, C-241/94, Rec. p. I-4551, points 19 et 20). La notion d'aide constitue, ainsi, une notion objective qui est fonction de la seule question de savoir si une mesure étatique confère ou non un avantage à une ou à certaines entreprises (arrêts du Tribunal du 27 janvier 1998, Ladbroke Racing/Commission, T-67/94, Rec. p. II-1, point 52, et du 10 mai 2000, SIC/Commission, T-46/97, Rec. p. II-2125, point 78).

181 Or, l'argument du Land revient, en substance, à prétendre que, si des ressources d'État sont utilisées de la manière économique la plus sage, ces ressources n'ont plus le caractère de ressources d'État. Toutefois, ainsi que la Commission l'a relevé, les ressources ne cessent pas de l'être par le simple fait que l'utilisation de ces ressources serait analogue à celle faite par un investisseur privé. En effet, la question de savoir si l'État s'est comporté comme un entrepreneur relève de la détermination de l'existence d'une aide d'État et non de l'examen du caractère, public ou non, des ressources en question.

182 En l'espèce, il est constant que la WfA était un organisme de droit public doté de fonds publics et des parts sociales duquel le Land était l'unique détenteur. Son capital a été incorporé dans le capital de la WestLB par une loi promulguée par le parlement du Land. Dans ces circonstances, l'opération litigieuse implique la mise à disposition de ressources d'État.

183 Par conséquent, la présente branche du quatrième moyen doit être rejetée.

B — *Deuxième branche: élargissement illégal de la notion d'aide d'État*

184 Les requérants reprochent à la Commission d'avoir élargi d'une manière illégale la notion d'aide d'État, premièrement, en violation de l'article 295 CE, deuxièmement, en ce qu'elle applique le principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché à une entreprise rentable et, troisièmement, en ce qu'elle interprète ce principe de manière à exiger au moins un rendement moyen dans le secteur concerné sur les capitaux apportés par l'investisseur public.

1. Violation de l'article 295 CE

a) Arguments des parties

- 185 Les requérants font valoir que l'article 295 CE constitue une restriction de compétence en faveur des États membres et qu'il convient de concilier le droit de la concurrence communautaire et le pouvoir des États membres de définir de manière autonome leurs régimes de la propriété. Si la liberté des États membres résultant de l'article 295 CE ne peut pas servir à échapper aux autres obligations du traité CE, les dispositions du traité CE ne pourraient être interprétées de manière si large que le domaine de protection de l'article 295 CE soit restreint au point que les États membres ne disposeraient pratiquement plus d'aucune latitude dans leur gestion des entreprises publiques ou dans la conservation des participations qu'ils possèdent dans ces dernières. Cette disposition imposerait, donc, des limites implicites à la notion d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE.
- 186 Le Land souligne l'impossibilité de faire une nette distinction entre les domaines d'activité, publics et privés, des entreprises publiques et fait valoir que, également en vertu de l'article 295 CE, en tant qu'investisseur ou entrepreneur, l'État peut se laisser guider par des considérations autres que des critères purement lucratifs, notamment par des considérations d'ordre stratégique ou à long terme, comme le renforcement ou l'extension d'une participation existante et la réalisation de synergies.
- 187 La Commission estime que la relation entre l'article 295 CE et le régime communautaire des aides d'État est gérée par l'article 86 CE. D'une manière générale, les actes de l'État qui bénéficient de la protection de l'article 295 CE ne peuvent être exonérés de l'application de l'article 87 CE que si les conditions prévues à l'article 86, paragraphe 2, CE sont remplies. Si ces conditions ne sont

pas remplies, l'application des règles relatives aux aides d'État n'entraîne aucune ingérence dans le contenu essentiel de l'article 295 CE, puisque l'application de ces règles n'empêche pas l'État de continuer à diriger des entreprises de droit public ou de participer à de telles entreprises.

- 188 Pour la Commission, le fait que l'entreprise publique assume également des missions publiques n'est pas considéré comme une particularité pour le calcul de la rémunération appropriée de l'investissement, car l'accomplissement de ces missions est protégé de manière suffisante et exhaustive par l'article 86, paragraphe 2, CE.
- 189 En ce qui concerne les considérations commerciales qui justifient une mesure financière de l'État, comme les considérations de nature stratégique ou à long terme, elles ne bénéficieraient pas d'une protection particulière au titre de l'article 295 CE. Elles constituent uniquement des éléments à prendre en compte pour déterminer si l'apport de capital a été réalisé ou non selon les conditions normales du marché.

b) Appréciation du Tribunal

- 190 L'article 295 CE dispose :

«Le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres.»

191 L'article 86 CE établit:

«1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 12 et 81 à 89 inclus.

2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

[...]»

192 Il résulte de la jurisprudence de la Cour que, si le régime de la propriété continue à relever de chaque État membre en vertu de l'article 295 CE, cette disposition n'a pas pour effet de faire échapper les régimes de propriété existant dans les États membres aux règles fondamentales du traité (voir arrêts de la Cour du 6 novembre 1984, *Fearon*, 182/83, Rec. p. 3677, point 7; du 1^{er} juin 1999, *Konle*, C-302/97, Rec. p. I-3099, point 38, et du 4 juin 2002, *Commission/Portugal*, C-367/98, Rec. p. I-4756, point 48).

193 Ainsi, et conformément à l'article 86, paragraphe 1, CE, les règles de concurrence du traité, qui sont des règles fondamentales, sont applicables indistinctement aux entreprises publiques et privées (arrêt du Tribunal du 13 juin 2000, *EPAC/Commission*, T-204/97 et T-270/97, Rec. p. II-2267, point 122).

194 Il ne saurait, donc, être considéré que l'article 295 CE limite la portée de la notion d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE.

195 En outre, contrairement à ce que soutiennent les requérants, cette application des règles de concurrence aux entreprises indépendamment du régime de propriété auquel elles sont soumises n'a pas pour effet de restreindre le domaine de protection de l'article 295 CE et de faire que les États membres ne disposent pratiquement plus d'aucune latitude dans leur gestion des entreprises publiques, dans la conservation des participations qu'ils possèdent dans ces dernières, ou encore dans la prise en compte de considérations autres que des critères purement lucratifs.

196 En effet, à supposer que les intérêts visés par cette argumentation puissent s'opposer à l'application des règles de concurrence, ils sont pris en compte par l'article 86, paragraphe 2, CE dans la mesure où cette disposition prévoit que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal peuvent échapper à l'application des règles de la concurrence si ces dernières font échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui a été impartie à ces entreprises.

197 En l'espèce, les requérants n'ont pas fait valoir que les conditions prévues au paragraphe 2 de l'article 86 CE pour exempter la WestLB de l'application des règles de concurrence étaient remplies.

198 Enfin, il y a lieu d'observer que l'argument du Land, selon lequel, en tant qu'investisseur ou entrepreneur, l'État peut se laisser guider par des considérations autres que des critères lucratifs à court terme, doit être analysé, non à la lumière de l'article 295 CE, mais dans le cadre de l'examen du comportement du Land dans la perspective d'un investisseur opérant dans une économie de marché.

- 199 Il résulte de ce qui précède que l'argument tiré d'une violation de l'article 295 CE n'est pas fondé.

2. Application du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché à une entreprise rentable

a) Arguments des parties

- 200 Les requérants reprochent à la Commission d'avoir appliqué le principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché à une entreprise rentable. Ils soulignent que la WestLB a dégagé durant des années des bénéfices et qu'elle s'attendait à réaliser de tels bénéfices à l'avenir. La WestLB soutient que ce principe, tel qu'appliqué dans le contexte de mesures étatiques visant à assainir des entreprises, ne peut pas être transposé de manière indifférenciée à des mesures visant des entreprises rentables. La question de la rentabilité à long terme perdrait de sa pertinence chaque fois qu'une entreprise a déjà prouvé sa viabilité économique en distribuant régulièrement des dividendes. En outre, l'investissement dans une entreprise qui n'est plus viable serait soumis à un risque plus important que l'investissement dans une entreprise saine et, de cette manière, les rendements escomptés par un investisseur opérant dans une économie de marché seraient différents selon qu'il se trouve dans l'une ou l'autre situation.
- 201 Les requérants affirment que le principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché n'a été appliqué par la Commission et accepté par la Cour qu'à l'égard des entreprises en restructuration. Le Land nie la pertinence de la jurisprudence citée par le BdB à ce propos et allègue qu'il appartient à la Commission d'établir, lors du contrôle d'un comportement, qu'aucun investisseur opérant dans une économie de marché n'aurait agi ainsi, sinon il y aurait renversement de la charge de la preuve. Il invoque à l'appui de ses arguments les

points 2 et 16 de la communication de la Commission de 1993 et le point 20 de l'arrêt de la Cour du 21 mars 1991, Italie/Commission, dit «Alfa Romeo» (C-305/89, Rec. p. I-1603). D'après le Land, l'article 295 CE s'oppose à un contrôle positif des pouvoirs publics qui exigerait de ces derniers qu'ils établissent que tout investisseur opérant dans une économie de marché aurait également agi ainsi.

- 202 La Commission conteste les arguments des requérants et souligne que l'important est de déterminer si l'apport de capitaux par l'État dans une entreprise publique doit être considéré comme une opération commerciale «normale» ou si l'État va au-delà de son rôle d'entrepreneur. Si l'État fournit des capitaux à une entreprise publique selon des conditions qui ne sont pas celles du marché, il n'agirait pas en tant qu'entrepreneur, mais favoriserait cette entreprise publique en l'avantageant par rapport à ses concurrents qui ne peuvent s'approvisionner en capital frais qu'aux conditions du marché. Cet avantage serait pertinent en droit des aides, indépendamment des éventuels bénéfices réalisés par l'entreprise publique.
- 203 La Commission soutient que ne pas appliquer ce principe aux entreprises dégageant des bénéfices aurait pour conséquence que l'État pourrait, sans aucun contrôle, mettre à la disposition de ses entreprises non déficitaires des moyens financiers illimités sans contrepartie appropriée, provoquant ainsi des distorsions de concurrence contraires à l'article 87, paragraphe 1, CE.
- 204 De toute manière, la Commission admet que les exigences concernant les preuves qu'elle doit apporter lorsqu'elle applique ce principe à des entreprises dégageant des bénéfices sont plus strictes que dans le cas où elle l'applique à des entreprises subissant des pertes ou nécessitant une restructuration.
- 205 La Commission admet que le principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché a surtout été appliqué, dans la pratique antérieure de la

Commission et dans la jurisprudence de la Cour, dans les cas où l'État a apporté des capitaux à des entreprises enregistrant des pertes ou nécessitant une restructuration. Mais elle fait valoir que ce fait n'exclut pas son application à des entreprises dégageant des bénéfices et que cela a déjà été souligné tant par la Commission que par la Cour.

b) Appréciation du Tribunal

- 206 Tel que rappelé ci-dessus, au point 178, l'article 87, paragraphe 1, CE, a pour objet d'éviter que les échanges entre États membres ne soient affectés par des avantages consentis par les autorités publiques qui, sous des formes diverses, faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.
- 207 Afin d'apprécier si une mesure étatique constitue une aide, il convient donc de déterminer si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché (arrêts de la Cour du 11 juillet 1996, SFEI e.a., C-39/94, Rec. p. I-3547, point 60; du 29 avril 1999, Espagne/Commission, C-342/96, Rec. p. I-2459, point 41; du 29 juin 1999, DM Transport, C-256/97, Rec. p. I-3913, point 22, et arrêt SIC/Commission, précité, point 78).
- 208 Or, en principe, la question de savoir si l'entreprise bénéficiaire d'une aide est ou non rentable n'est pas en soi déterminante pour établir si un tel avantage existe. En revanche, cette question doit être prise en compte dans le cadre de la question de savoir si l'investisseur public s'est comporté comme un investisseur opérant dans une économie de marché ou si l'entreprise bénéficiaire a reçu un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché.

- 209 En outre, l'argument des requérants selon lequel la pratique de la Commission et la jurisprudence de la Cour ne contiennent de cas d'application du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché qu'en ce qui concerne des entreprises en restructuration n'est ni exact ni susceptible de mettre en question la légalité de la décision attaquée.
- 210 En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour, il convient de rappeler que, outre le fait qu'elle n'a jamais explicitement limité l'application de ce principe aux entreprises subissant des pertes, la jurisprudence a souvent employé des formulations relatives à la notion d'aide d'État qui n'excluent pas, mais au contraire supposent l'application du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché à des entreprises rentables (à cet égard, outre la jurisprudence citée au point 207 ci-dessus, voir les arrêts de la Cour du 15 mars 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, Rec. p. I-877, point 13, et SFEI e.a., précité, points 58 à 62).
- 211 En ce qui concerne la pratique de la Commission, il y a lieu de relever qu'au point 22 de sa communication de 1993 elle déclare qu'il convient d'appliquer le droit communautaire des aides «aux entreprises publiques, quelle que soit leur situation, et non seulement à celles qui enregistrent des pertes, comme c'est le cas actuellement». Dès lors, l'argument que les requérants tirent des points 2 et 16 de la même communication n'est pas susceptible d'écarter l'application du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché à des entreprises rentables.
- 212 De plus, comme le BdB le rappelle, dans la décision 98/365, précitée, relative à SFMI-Chronopost, malgré le fait que les entreprises bénéficiaires des mesures en cause avaient dégagé des bénéfices comptables, la défenderesse a examiné si les opérations en question étaient conformes au principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché.

213 Enfin, il y a lieu de souligner que, même si l'application du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché à des entreprises rentables constituait une évolution par rapport à la pratique habituelle antérieure de la Commission et à la jurisprudence communautaire, le fondement juridique de cette application ne serait pas mis en question pour autant. En effet, cette application n'est contraire à aucune règle juridique communautaire mais, comme il a été expliqué ci-dessus, est tout à fait conforme aux règles du traité applicables dans ce domaine.

214 Par conséquent, l'argument des requérants, tiré du fait que la décision attaquée est illégale car elle applique le principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché à une entreprise rentable, doit être rejeté.

3. Exigence d'un rendement moyen dans le secteur concerné sur les capitaux apportés par l'investisseur public

a) Arguments des parties

215 Les requérants font valoir que l'exigence posée par la Commission dans la décision attaquée d'un rendement minimal correspondant au rendement moyen dans le secteur concerné sur les capitaux apportés par l'investisseur public premièrement, est incompatible avec l'article 87, paragraphe 1, CE, en particulier en ce qu'elle ignore l'effet engendré par la qualité du propriétaire, deuxièmement, est contraire tant à la communication de la Commission de 1993 qu'à sa pratique antérieure et à la jurisprudence de la Cour et, troisièmement, est contraire à l'article 295 CE.

i) Sur l'incompatibilité de l'exigence d'un rendement moyen avec l'article 87, paragraphe 1, CE

216 Les requérants reprochent à la Commission de se fonder exclusivement sur un rendement moyen pour déterminer le rendement approprié des capitaux apportés et de considérer ainsi que l'investisseur opérant dans une économie de marché est uniquement intéressé par une optimisation du rendement, méconnaissant qu'il y a des investisseurs privés qui poursuivent d'autres buts, comme ceux liés à des considérations relatives à des stratégies d'entreprise, sociales, culturelles ou autres. En outre, ils font valoir que l'application du rendement moyen empêche de manière illicite l'appréciation des circonstances particulières de l'affaire, en ce qui concerne l'investisseur, l'entreprise et l'opération litigieuse, ainsi que la comparaison de cette opération avec le comportement d'autres entreprises en situation comparable. Le Land soutient que la Commission abuse du pouvoir d'appréciation qui lui est reconnu en présence d'affaires économiques complexes, lorsqu'elle se fonde sur le rendement moyen comme critère de comparaison, sans prendre en compte la comparabilité des entreprises. Il affirme qu'un rendement moyen est très difficile à déterminer dans le secteur bancaire, étant donné les différences existant entre les établissements bancaires.

217 La WestLB estime que la Commission développe une image erronée de l'investisseur privé. Elle soutient que même un investisseur qui suit un principe de rentabilité appliquera également une stratégie de diversification des risques et répartira ses capitaux sur le marché. Il réalisera également des investissements qui se situent à un niveau moyen ou inférieur de l'échelle de rendement et qui, de ce fait, présentent un niveau de risque relativement bas. Ainsi, l'État recevra une contrepartie appropriée pour son investissement si, à l'intérieur des fourchettes observables sur le marché, il obtient de son investissement un rendement correspondant au risque encouru.

218 Le Land souligne que de nombreuses entreprises dégagent des bénéfices plus faibles que ceux de leurs concurrents pendant des années, sans que cela entraîne leur élimination du marché, mais uniquement une rémunération plus faible du capital apporté, ce qu'il appartient à l'investisseur d'apprécier.

- 219 D'après les requérants, la Commission ne saurait prétendre avoir utilisé le critère du rendement moyen seulement comme «valeur de base». En outre, la Commission ne saurait retenir l'existence d'une aide d'État sans avoir établi qu'aucun investisseur privé dans une situation comparable n'aurait réalisé l'investissement aux conditions qui sont celles de l'opération litigieuse. Ceci signifierait, en l'espèce, que la Commission devrait démontrer que le rendement escompté par le Land est manifestement inférieur à la marge à l'intérieur de laquelle un investisseur privé dans la même situation aurait mis à disposition des capitaux. Pour le Land seule la limite inférieure de cette marge et non une moyenne de cette marge, peut, à la rigueur, être considérée comme valeur minimale.
- 220 La WestLB allègue également que l'exigence d'un rendement moyen aboutit à une monopolisation sur le marché contraire aux objectifs du droit communautaire de la concurrence. Si les investisseurs n'investissaient plus que dans des entreprises offrant un rendement au moins moyen, tout apport de capitaux à de telles entreprises entraînerait une augmentation supplémentaire du rendement moyen du secteur concerné. Or, chaque augmentation du rendement moyen réduirait le nombre des entreprises qui seraient encore en mesure de l'offrir et qui pourraient encore obtenir des apports de capitaux. Au terme d'une telle augmentation constante de la rentabilité moyenne, il ne subsisterait qu'une seule entreprise.
- 221 En tout état de cause, le Land affirme qu'il n'a à aucun moment apporté des capitaux en renonçant partiellement ou totalement à une rémunération appropriée. Au contraire, il fait remarquer qu'il est l'associé le plus important de la WestLB, qu'il a obtenu le versement de dividendes, que ses bénéfices ont augmenté avec l'apport de la WFA et que, enfin, il a bénéficié de l'avance convenue sur bénéfices à hauteur de 0,6 %. En outre, l'investissement n'occasionnerait au Land pratiquement aucun coût et il en tirerait un bénéfice qu'il n'aurait pas obtenu autrement. Tout investisseur privé dans une situation comparable aurait agi de la sorte.
- 222 La WestLB et la République fédérale d'Allemagne reprochent encore à la Commission de ne pas prendre en compte dans la décision attaquée l'effet

engendré par la qualité de propriétaire, effet qui se manifeste lorsqu'un investisseur, ayant déjà une participation dans une entreprise dans laquelle il désire investir, augmente par l'apport d'un nouveau capital la valeur de l'ancien. Cet effet aboutit souvent à ce qu'un investisseur ayant déjà effectué des placements dans une entreprise apporte à celle-ci des capitaux supplémentaires, même si, au moment de cet investissement, elle ne présente qu'une rentabilité inférieure à la moyenne.

223 Le Land ajoute en particulier que, si l'investisseur détient une participation majoritaire dans une entreprise, on doit présumer l'existence d'un intérêt durable motivant l'investissement et non une simple recherche de profit à court terme.

224 La prise en compte de l'effet engendré par la qualité de propriétaire permettrait également d'opérer une distinction entre aides et apports ne constituant pas des aides. Ainsi, lorsque du point de vue d'un acheteur potentiel, la valeur d'une entreprise augmente, à la suite d'un apport, au moins de la valeur de cet apport, un investisseur opérant dans une économie de marché aurait alors effectué lui-aussi cet apport, du moins dans l'hypothèse où il serait le propriétaire de cette entreprise. Si, à la suite de l'apport, la valeur de l'entreprise augmente d'un montant inférieur à la valeur de l'apport, il s'agirait alors d'une aide. La République fédérale d'Allemagne ajoute que, pour ce calcul, il est sans importance que le Land ne soit pas l'unique propriétaire de la WestLB. En outre, elle reproche à la Commission de ne pas avoir fait ce calcul.

225 En réponse aux observations du BdB à ce propos, les requérants soulignent que l'effet engendré par la qualité de propriétaire ne s'applique pas seulement à certains propriétaires, mais à tous les apports de capitaux dans des entreprises dans lesquelles l'investisseur détient déjà des participations.

226 Enfin, la WestLB allègue que, dans une économie dynamique, de nouvelles opportunités d'investissement lucratif apparaissent sans cesse dont le rendement

est supérieur au rendement du marché des capitaux proportionnel au risque. Le propriétaire d'une banque qui, eu égard à la sévérité accrue des dispositions relatives aux fonds propres, se trouve placé devant l'alternative entre apporter de nouveaux fonds propres de l'extérieur ou être dans l'impossibilité de fournir à sa clientèle les mêmes crédits que par le passé se trouverait parmi ceux qui peuvent obtenir un rendement excédentaire par rapport à ces nouvelles opportunités d'investissement.

227 La Commission conteste l'argumentation des requérants et fait valoir que le rendement moyen ne constitue pas le point final de l'examen visant à déterminer l'existence d'une aide, mais une valeur de base, à partir de laquelle se fait une évaluation concrète des autres particularités de l'investissement pour déterminer une «rémunération appropriée». La Commission soutient que, en l'espèce, elle a effectué cette évaluation concrète et a considéré les particularités de l'opération litigieuse. Ceci ressortirait par exemple de la déduction effectuée par elle pour tenir compte des inconvénients liés à l'absence de caractère liquide des capitaux (considérants 202 à 205 de la décision attaquée) ou de la majoration opérée pour prendre en compte d'autres particularités, comme celle relative au montant du capital de la WfA par rapport aux autres fonds propres de garantie de la WestLB (considérants 220 et 221).

228 La Commission fait encore valoir qu'elle ne devait pas prendre en considération l'effet engendré par la qualité de propriétaire, au moins selon la formulation proposée par la WestLB et la République fédérale d'Allemagne. Elle allègue qu'une telle approche ne tient pas compte des alternatives de placement hors de l'entreprise, que tout investisseur examinerait compte tenu de la valeur absolue et relative de l'investissement en question dans l'opération litigieuse. Elle fait valoir également qu'il ne suffit pas que les pouvoirs publics détiennent une participation dans une entreprise donnée pour que tout nouvel apport de capitaux soit automatiquement considéré conforme aux principes de l'économie de marché. Un investisseur opérant dans une économie de marché voudra savoir, en tout cas, si son investissement global, composé de moyens déjà investis et de nouveaux apports de capitaux, lui permet d'escompter un rendement approprié.

ii) Sur la contradiction entre la décision attaquée et la communication de la Commission de 1993, sa pratique antérieure et la jurisprudence

229 En premier lieu, les requérants et la République fédérale d'Allemagne soutiennent que l'exigence d'un rendement moyen est en contradiction avec la marge d'appréciation reconnue à l'investisseur public par les points 27 à 29 de la communication de 1993. En ce qui concerne l'argument de la Commission selon lequel cette marge d'appréciation est surtout présente quand le rendement futur est variable, par exemple quand des apports de fonds propres sont rémunérés sous forme de dividendes et de plus-values, la République fédérale d'Allemagne fait valoir que cette perspective ne correspond pas à la marge d'appréciation dont jouit un investisseur opérant dans une économie de marché, qui trouve sur ce marché, même dans le domaine des rémunérations fixes, une variété de rendements différents.

230 En deuxième lieu, la WestLB cite plusieurs décisions de la Commission pour conclure que, pour dénier l'existence d'une aide, cette institution se réfère de manière prépondérante au fait que l'entreprise qui bénéficie de l'apport en capitaux est rentable à long terme [voir, notamment, la décision 96/278/CE de la Commission, du 31 janvier 1996, concernant la recapitalisation de la compagnie Iberia (JO L 104, p. 25), et la décision de la Commission relative à l'entreprise Duferco Clabecq reproduite au *Journal officiel des Communautés européennes* du 22 janvier 1998 (JO C 20, p. 3)].

231 En troisième lieu, la WestLB allègue que l'exigence d'un rendement moyen en tant que rendement minimal n'est pas compatible avec la jurisprudence de la Cour, qui a déjà admis que lorsque les mesures étatiques permettent d'assurer une rentabilité à long terme de l'entreprise, l'investissement ne constitue pas une aide. Elle invoque, notamment, la jurisprudence aux termes de laquelle la Cour a admis l'importance de certains objectifs pouvant motiver un investissement privé, outre la rentabilité, tels que une politique structurelle, globale ou sectorielle guidée par des perspectives de rentabilité à long terme (arrêt Alfa Romeo, précité, point 20); ou le souci de maintenir une image de marque ou de réorienter ses activités (arrêt de la Cour du 21 mars 1991, Italie/Commission, C-303/88, Rec. p. I-1433, point 21); ou encore des considérations liées à la localisation, telles que

celles mentionnées par l'avocat général M. van Gerven au point 14 de ses conclusions sous le dernier arrêt cité (Rec. p. I-1451), quand il se réfère au fait qu'un holding privé important ne pourra pas rester totalement insensible à l'emploi et au développement économique dans la région dans laquelle il opère. Ainsi, la WestLB fait valoir que l'opération litigieuse est également fondée sur des considérations de localisation et que, pour le Land, une Landesbank forte est un élément important pour l'économie et l'image de marque du groupe des entreprises publiques du Land.

232 Le Land ajoute que, selon la Cour, il convient d'apprécier si, dans des circonstances similaires, un investisseur d'une taille comparable aurait procédé aux apports de capitaux dans les conditions en question (arrêt du 10 juillet 1986, Belgique/Commission, 40/85, précité, point 13). Dans le même sens, la Cour aurait récemment indiqué que le comportement d'une entité publique devrait manifestement se distinguer de celui d'un investisseur privé dans la même situation pour être qualifié d'aide d'État (arrêt DM Transport, précité).

233 La Commission, appuyée par le BdB, conteste qu'il y ait une contradiction entre la décision attaquée et la communication de la Commission de 1993, parce que la marge d'appréciation des États membres en matière d'apports de fonds propres serait préservée. En outre, la Commission soutient que cette marge d'appréciation ne peut couvrir le cas de décisions qui n'ont manifestement pas été prises dans les conditions du marché, ce qui est le cas de l'opération litigieuse. Cette marge d'appréciation est surtout laissée aux États membres lorsque le rendement futur dépend des résultats économiques réels de l'entreprise, comme lorsque des apports de fonds propres sont rémunérés sous forme de dividendes et de plus-values.

iii) Sur la violation de l'article 295 CE par l'exigence d'un rendement moyen

234 Les requérants font valoir, en premier lieu, que l'exigence d'un rendement minimal sous la forme d'un rendement moyen constitue une discrimination des

entreprises publiques par rapport aux entreprises privées et une discrimination des pouvoirs publics, en tant qu'investisseurs, par rapport aux investisseurs privés.

235 Contrairement à la jurisprudence de la Cour, qui aurait expressément reconnu que les activités des entreprises publiques et privées pouvaient poursuivre des objectifs fondamentalement différents [arrêt de la Cour du 6 juillet 1982, France e.a./Commission, 188/80 à 190/80, Rec. p. 2545, point 21, relatif à la directive 80/723/CEE de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (JO L 195, p. 35)], la Commission se laisserait exclusivement guider par un principe de rentabilité qu'elle veut appliquer, de manière indifférenciée, aux entreprises tant publiques que privées. En outre, l'introduction du critère d'un rendement moyen, qui est fonction de l'ensemble du secteur concerné, empêcherait les entreprises publiques de poursuivre d'autres finalités, comme des missions exclusivement d'intérêt général qui échappent au contrôle des aides d'État en vertu de l'article 86, paragraphe 2, CE.

236 La WestLB soutient encore que l'approche de la Commission réduirait considérablement la liberté d'investir des pouvoirs publics par rapport à celle des investisseurs privés. Alors qu'un investisseur privé est parfaitement en droit d'investir dans des entreprises d'une rentabilité inférieure à la moyenne, les pouvoirs publics ne pourraient qu'investir dans des entreprises qui atteignent à tout le moins un rendement moyen. Dès lors, il résulterait de l'approche de la Commission que les investisseurs privés peuvent poursuivre leurs investissements en fonction d'un spectre de motifs plus large que celui des pouvoirs publics. Le Land souligne que les décisions d'investissement prises tant par les investisseurs publics que par les investisseurs privés ne sont pas uniquement guidées par le rendement escompté, mais également par d'autres considérations, comme des objectifs stratégiques, tels que l'amélioration ou le renforcement de participations existantes.

237 En second lieu, la WestLB soutient que l'exigence d'un rendement moyen des entreprises publiques aboutit à une pression indirecte dans le sens de la

privatisation. Les entreprises publiques ayant une rentabilité inférieure à la moyenne seraient dans l'impossibilité de couvrir des besoins en capitaux supplémentaires, au contraire des entreprises privées ayant la même rentabilité. Ainsi, les États membres seraient soumis à une pression visant à privatiser ces entreprises afin d'empêcher qu'elles ne disparaissent du marché.

- 238 La Commission, appuyée par le BdB, conteste également l'argument des requérants selon lequel l'exigence d'un rendement moyen viole l'article 295 CE. En premier lieu, la Commission rejette l'argument selon lequel l'utilisation du rendement moyen pour calculer la «rémunération appropriée» entraîne une discrimination à l'encontre des entreprises publiques et des pouvoirs publics en tant qu'investisseurs.
- 239 D'une part, s'agissant des entreprises publiques, la Commission conteste le fait que l'utilisation du critère du rendement moyen les empêche de poursuivre des missions publiques.
- 240 D'autre part, en ce qui concerne les pouvoirs publics, la Commission affirme que la liberté d'investissement de l'État n'est pas réduite par rapport à celle des investisseurs privés, mais qu'il s'agit simplement d'apprécier les investissements à la lumière des conditions en vigueur sur le marché en question lorsqu'ils concernent la partie d'une entreprise publique qui est soumise à la concurrence.
- 241 S'agissant des intérêts commerciaux comparables des investisseurs publics et privés, la Commission soutient que le recours au critère du rendement moyen n'implique aucune discrimination. L'investisseur public, tel que tout apporteur de capitaux privés, même si son investissement est influencé par des considérations stratégiques ou à long terme, espérerait en fin de compte un rendement approprié.

En outre, il n'examinerait pas uniquement la question de savoir si l'entreprise en question est rentable, mais également si le rendement correspond au taux habituel du marché. L'application de ces mêmes critères à un investisseur public ne constituerait donc pas une discrimination, mais reflète uniquement l'application du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché.

- 242 En second lieu, la Commission rejette l'argument selon lequel l'utilisation correcte du critère du rendement moyen aboutit à une obligation de privatisation. D'une part, ce rendement s'appliquerait, comme valeur de référence, seulement aux activités concurrentielles d'une entreprise publique et, d'autre part, le secteur public des activités des entreprises publiques bénéficierait de la protection particulière de l'article 86, paragraphe 2, CE. Il n'y aurait pas d'obligation de privatisation, mais une obligation de se comporter de manière conforme au marché dans le secteur d'activité soumis à la concurrence.

b) Appréciation du Tribunal

- 243 Comme il a été rappelé aux points 206 et 207 ci-dessus, l'article 87, paragraphe 1, CE a pour objet d'éviter que les échanges entre États membres ne soient affectés par des avantages consentis par les autorités publiques, qui, sous des formes diverses, faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. Afin d'apprécier si une mesure étatique constitue une aide, il convient donc de déterminer si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché.

- 244 En outre, selon une jurisprudence constante, l'intervention des pouvoirs publics dans le capital d'une entreprise, sous quelque forme que ce soit, peut constituer une aide d'État lorsque les conditions visées à l'article 87 CE sont remplies.

- 245 En vue de déterminer si une telle intervention présente le caractère d'aide d'État, il y a lieu d'apprécier si, dans des circonstances similaires, un investisseur privé opérant dans des conditions normales d'une économie de marché (ci-après un «investisseur privé»), d'une taille qui puisse être comparée à celle des organismes gérant le secteur public, aurait pu être amené à procéder à l'apport de capitaux en question (arrêts de la Cour du 21 mars 1990, Belgique/Commission, C-142/87, Rec. p. I-959, point 29, et Alfa Romeo, précité, points 18 et 19). En particulier, il est pertinent de se demander si un investisseur privé aurait réalisé l'opération en cause aux mêmes conditions et, dans la négative, d'examiner à quelles conditions il aurait pu la réaliser (arrêt du Tribunal du 30 avril 1998, Cityflyer Express/Commission, T-16/96, Rec. p. II-757, point 51).
- 246 Enfin, 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 (arrêt Cityflyer Express/Commission, précité, point 76).
- 247 En l'espèce, à titre préliminaire, il y a lieu de souligner que, dans le cadre du présent moyen, la question qui est en cause est celle de savoir si, de manière générale, la Commission est habilitée à utiliser la valeur du rendement moyen dans le secteur concerné comme instrument analytique pour la détermination du comportement d'un investisseur privé.
- 248 En revanche, la question de savoir si, en l'espèce, l'application du principe de l'investisseur privé est ou non entachée d'illégalité, notamment en ce qui concerne la fixation concrète du taux de rendement moyen pris en compte par la Commission, relève de l'analyse du cinquième moyen, qui sera examiné ci-après.

249 En premier lieu, pour l'essentiel, les requérants soutiennent que l'utilisation du rendement moyen est contraire à l'article 87, paragraphe 1, CE. Ils reprochent à la Commission de s'être fondée exclusivement sur un rendement moyen pour déterminer la rémunération appropriée de l'opération litigieuse, en ne prenant pas en compte toutes les circonstances particulières de l'affaire, en estimant qu'un investisseur privé est uniquement intéressé par une optimisation du rendement, et en ne prenant pas en considération l'effet engendré par la qualité du propriétaire.

250 Tout d'abord, il y a lieu de relever que le rendement moyen ne constitue qu'un instrument analytique utilisé dans le cadre de l'application de l'article 87, paragraphe 1, CE.

251 Ainsi, d'une part, le rendement moyen ne peut pas être un critère automatique pour déterminer l'existence et la dimension d'une aide d'État. Il ne dispense pas la Commission de son obligation de faire une analyse complète de tous les éléments pertinents de l'opération litigieuse et de son contexte, y compris de la situation de l'entreprise bénéficiaire et du marché concerné, pour vérifier si l'entreprise bénéficiaire perçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché.

252 D'autre part, l'utilisation du rendement moyen comme instrument analytique est subordonnée à l'ensemble des règles de droit communautaire sur les aides d'État. Par exemple, l'utilisation du rendement moyen ne peut pas exonérer la Commission de son obligation de prendre en compte la possibilité que l'aide en question remplisse éventuellement les conditions pour être autorisée par l'exception prévue par l'article 86, paragraphe 2, CE.

- 253 Par ailleurs, l'utilisation du rendement moyen n'affecte pas le devoir qui incombe à la Commission, en vertu de l'article 253 CE, de motiver d'une façon suffisante sa décision finale relative à l'existence et à la dimension de l'aide d'État en question.
- 254 À ces conditions, l'utilisation du rendement moyen du secteur concerné comme instrument analytique, parmi d'autres, peut être justifiée dans le cadre de l'application du principe de l'investisseur privé, pour déterminer si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché.
- 255 En effet, le comportement d'un investisseur privé dans une économie de marché est guidé par des perspectives de rentabilité (arrêt du Tribunal du 12 décembre 2000, Alitalia/Commission, T-296/97, Rec. p. II-3871, point 84). Ainsi, l'utilisation du rendement moyen doit correspondre à l'idée qu'un investisseur privé avisé, à savoir, un investisseur qui souhaite maximiser ses bénéfices, mais sans courir trop de risques par rapport aux autres participants dans le marché, dans son calcul de la rémunération appropriée à escompter pour son investissement, exigerait en principe un rendement minimal équivalant au rendement moyen du secteur concerné.
- 256 En l'espèce, il y a lieu de souligner que l'utilisation du rendement moyen s'inscrit dans le cadre de l'application du principe de l'investisseur privé à une entreprise rentable. De plus, pour calculer l'existence et le montant de l'aide, il était nécessaire pour la Commission d'utiliser une valeur de référence dans sa comparaison entre l'opération litigieuse et le comportement d'un investisseur privé.
- 257 En ce qui concerne les arguments tirés du fait qu'un investisseur privé n'est pas uniquement intéressé par une optimisation du rendement de ses investissements et

que la Commission n'a pas pris en considération l'effet engendré par la qualité du propriétaire, il y a lieu de répéter que l'utilisation du rendement moyen ne dispense pas la Commission de son obligation d'analyser tous les éléments pertinents de l'opération litigieuse et de son contexte. Cette question sera analysée ci-après, dans le cadre de l'examen de l'application en l'espèce du principe de l'investisseur privé.

258 Par conséquent, il y a lieu de considérer que la simple utilisation par la Commission d'un rendement minimal correspondant au rendement moyen dans le secteur concerné comme instrument analytique, employé dans le cadre de la prise en considération de tous les éléments pertinents du cas d'espèce, n'est pas contraire à l'article 87, paragraphe 1, CE.

259 En deuxième lieu, les requérants font valoir que la décision attaquée est en contradiction avec la communication de la Commission de 1993, sa pratique antérieure et la jurisprudence.

260 En ce qui concerne le point 27 de la communication mentionnée, il y a lieu de signaler que la Commission y reconnaît qu'une marge d'appréciation doit être laissée à l'investisseur pour procéder à l'analyse du risque de l'investissement, mais elle déclare que, pour effectuer cette appréciation, «les entreprises publiques doivent, tout comme des entreprises privées, appliquer des critères de rentabilité». Au point 29 elle répète l'idée selon laquelle «toute décision d'investissement commercial suppose une marge d'appréciation considérable», mais elle intègre cette idée dans une analyse plus générale sur la manière de déterminer si une aide d'État existe ou non, ce qui ne permet pas non plus d'étayer l'argument des requérants.

261 En outre, comme la Commission le fait remarquer, on peut faire la distinction entre l'estimation du rendement probable du projet, dans laquelle une certaine

marge d'appréciation existe pour l'investisseur public, et l'examen que cet investisseur fait pour déterminer si le rendement lui semble suffisant pour réaliser l'investissement en cause, pour lequel la marge d'appréciation est moins large, puisqu'il est possible de comparer l'opération en question avec d'autres possibilités de placement du capital à investir.

262 S'agissant de la prétendue contradiction entre l'exigence d'un rendement moyen et la pratique de la Commission ainsi que la jurisprudence, basée sur le fait que ni la Commission ni le juge communautaire n'auraient exigé auparavant un tel rendement pour déterminer si une aide d'État existe ou non, il y a lieu de considérer que, en tout état de cause, cette pratique ou la jurisprudence n'ont pas non plus exclu la possibilité de poser une telle exigence. Au contraire, la jurisprudence relative à la notion d'aide d'État exprime un critère matériel qui implique la possibilité d'utiliser le rendement moyen lors de l'application du principe de l'investisseur privé (voir la jurisprudence citée au point 207 ci-dessus et, par exemple, les arrêts Banco Exterior de España, précité, point 13, et SFEI e.a., précité, points 58 à 62).

263 Enfin, il y a lieu de rappeler que, même si l'utilisation du rendement moyen lors de l'application de ce principe constituait une évolution par rapport à la pratique antérieure de la Commission et la jurisprudence communautaire, le fondement juridique de cette utilisation ne serait pas mis en question pour autant. En effet, dans les limites mentionnées ci-dessus (voir points 250 à 253 et 255), cette utilisation n'est contraire à aucune règle juridique communautaire, mais, comme cela vient d'être expliqué, est conforme aux règles applicables dans ce domaine.

264 Par conséquent, il y a lieu de considérer que la communication de la Commission de 1993, la pratique antérieure de la défenderesse et la jurisprudence ne sont pas susceptibles de mettre en cause la légalité de l'utilisation du rendement moyen lors de l'application du principe de l'investisseur privé, dans les conditions expliquées ci-dessus.

- 265 En troisième lieu, les requérants avancent que l'utilisation par la Commission du rendement moyen est contraire à l'article 295 CE, notamment du fait que cette utilisation entraînerait une discrimination des entreprises publiques par rapport aux entreprises privées et une discrimination des pouvoirs publics, agissant en tant qu'investisseurs, par rapport aux investisseurs privés.
- 266 Il convient de souligner à cet égard que, comme il a été rappelé au point 193 ci-dessus, les règles de concurrence sont applicables indistinctement aux entreprises publiques et privées et que l'article 295 CE ne contrevient pas à ce principe.
- 267 En outre, conformément à une jurisprudence constante, il résulte du principe d'égalité de traitement entre les entreprises publiques et privées que les capitaux qui sont mis à la disposition d'une entreprise, directement ou indirectement, par l'État, dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales du marché, ne sauraient être qualifiés d'aides d'État (arrêt Italie/Commission, précité au point 231, point 20, et arrêt du 16 mai 2002, France/Commission, précité, point 69).
- 268 Dans ce contexte, l'utilisation du rendement moyen, comme instrument analytique lors de l'application du principe de l'investisseur privé, vise justement à déterminer si l'opération litigieuse a été faite dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales du marché.
- 269 Dans la mesure où l'utilisation du rendement moyen respecte les conditions énoncées aux points 250 à 253 et 255 ci-dessus, il ne saurait être considéré qu'elle est entachée d'une violation du principe de l'égalité de traitement entre les entreprises publiques et les entreprises privées, ou entre les investisseurs publics et les investisseurs privés.

- 270 En effet, dans la mesure où la Commission doit toujours examiner tous les éléments pertinents de l'opération litigieuse et son contexte, elle doit prendre en considération la question de savoir si un investisseur privé avisé, à la place de l'investisseur public en question, aurait accepté comme rémunération appropriée un rendement inférieur au rendement moyen du secteur concerné, en raison de considérations économiques autres que l'optimisation de son rendement. La même observation s'applique à l'argument tiré d'une prétendue discrimination entre entreprises publiques et privées, dans la mesure où les particularités de l'opération litigieuse relatives à l'entreprise bénéficiaire doivent également être prises en compte dans le cadre de l'application du principe de l'investisseur privé.
- 271 En outre, il y a lieu de remarquer que l'exigence visant à prendre en compte le comportement de l'investisseur privé avisé aux fins d'apprécier le comportement de l'investisseur public, tandis que le comportement d'un quelconque investisseur privé n'est pas soumis à une telle contrainte, ne saurait non plus être considérée comme entraînant une discrimination à l'égard de l'investisseur public.
- 272 En effet, le principe d'égalité interdit de traiter d'une façon différente des situations comparables, entraînant un désavantage pour certains opérateurs par rapport à d'autres, sans que cette différence de traitement soit justifiée par l'existence de différences objectives d'une certaine importance (arrêt du Tribunal du 7 juillet 1999, *Wirtschaftsvereinigung Stahl/Commission*, T-106/96, Rec. p. II-2155, point 103). Or, l'investisseur public ne se trouve pas dans la même situation que l'investisseur privé. Ce dernier ne peut compter que sur ses propres ressources pour financer ses investissements et répond donc sur son patrimoine des conséquences de ses choix. Au contraire, l'investisseur public a accès à des ressources qui découlent de l'exercice de la puissance publique, notamment à celles provenant des impôts. Partant, les situations de ces deux types d'investisseurs n'étant pas identiques, la prise en compte du comportement de l'investisseur privé avisé aux fins d'apprécier le comportement de l'investisseur public ne saurait constituer une discrimination à l'égard de ce dernier.

- 273 Enfin, contrairement à ce que les requérants prétendent, l'utilisation du rendement moyen n'empêche pas les entreprises publiques de poursuivre des missions d'intérêt général protégées par l'article 86, paragraphe 2, CE, dès lors que la Commission doit toujours prendre en compte la possibilité que l'aide en question remplisse éventuellement les conditions posées par cette disposition pour être autorisée.
- 274 Par conséquent, il y a lieu de considérer que, dans les conditions expliquées ci-dessus, l'utilisation du rendement moyen lors de l'application du principe de l'investisseur privé n'est pas, non plus, contraire à l'article 295 CE.
- 275 Il s'ensuit que le grief des requérants fondé sur l'illégalité de l'utilisation dans la décision attaquée d'un rendement moyen dans le cadre de l'application du principe de l'investisseur privé ne peut pas être accueilli.
- 276 Il résulte de tout ce qui précède que la deuxième branche du quatrième moyen des requérants, tirée du fait que, dans la décision attaquée, la Commission aurait élargi d'une manière illégale la notion d'aide d'État, doit être rejetée.
- 277 Dans ces circonstances, le moyen des requérants fondé sur la violation des articles 87, paragraphe 1, CE et 295 CE, dans la mesure où la Commission a donné une interprétation erronée de la notion d'aide d'État dans la décision attaquée, doit être rejeté intégralement.

V — *Sur les cinquième et sixième moyens, tirés de la violation de l'obligation de motivation et de la violation des articles 87, paragraphe 1, CE et 295 CE, en ce qui concerne, en premier lieu, l'existence de ressources d'État, en deuxième lieu, le fait que d'après la Commission l'opération litigieuse fausse la concurrence et affecte les échanges entre les États membres et, en troisième lieu, l'application par la Commission du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché*

278 À titre liminaire, en ce qui concerne l'obligation de motivation, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, la portée de l'obligation de motivation dépend de la nature de l'acte en cause et du contexte dans lequel il a été adopté. La motivation doit faire apparaître de manière claire et non équivoque le raisonnement de l'institution, de façon, d'une part, à permettre au juge communautaire d'exercer son contrôle de légalité et, d'autre part, à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise, afin de pouvoir défendre leurs droits et de vérifier si la décision est ou non bien fondée (arrêts *Skibsværftsforeningen e.a./Commission*, précité, point 230, et *EPAC/Commission*, précité, point 34).

279 Il n'est pas exigé que la motivation spécifie tous les éléments de fait et de droit pertinents, dans la mesure où la question de savoir si la motivation d'un acte satisfait aux exigences de l'article 253 CE doit être appréciée non seulement au regard de son libellé, mais aussi de son contexte ainsi que de l'ensemble des règles juridiques régissant la matière concernée (arrêts du Tribunal *Skibsværftsforeningen e.a./Commission*, précité, point 230, et du 15 juin 2000, *Alzetta e.a./Commission*, T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 à T-607/97, T-1/98, T-3/98 à T-6/98 et T-23/98, Rec. p. II-2319, point 175).

280 En particulier, la Commission n'est pas tenue de prendre position sur tous les arguments invoqués devant elle par les intéressés, mais il lui suffit d'exposer les faits et les considérations juridiques revêtant une importance essentielle dans

l'économie de la décision (arrêts du Tribunal du 8 juin 1995, Siemens/Commission, T-459/93, Rec. p. II-1675, point 31, et EPAC/Commission, précité, point 35).

- 281 En ce qui concerne, par exemple, la qualification d'une mesure d'aide, l'obligation de motivation exige que soient indiquées les raisons pour lesquelles la Commission considère que la mesure en cause entre dans le champ d'application de l'article 87, paragraphe 1, CE (arrêt EPAC/Commission, précité, point 36).
- 282 En ce qui concerne l'analyse de fond de la décision attaquée, il doit être rappelé que l'appréciation, par la Commission, de la question de savoir si un investissement satisfait au critère de l'investisseur opérant dans une économie de marché implique une appréciation économique complexe. Or, la Commission, lorsqu'elle adopte un acte impliquant une appréciation économique aussi complexe, jouit d'un large pouvoir d'appréciation et le contrôle juridictionnel dudit acte, même s'il est en principe «entier» pour ce qui concerne la question de savoir si une mesure entre dans le champ d'application de l'article 87, paragraphe 1, CE, se limite à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits retenus pour opérer le choix contesté, de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation de ces faits ou de l'absence de détournement de pouvoir. En particulier, il n'appartient pas au Tribunal de substituer son appréciation économique à celle de l'auteur de la décision (arrêts du Tribunal du 15 septembre 1998, BFM et EFIM/Commission, T-126/96 et T-127/96, Rec. p. II-3437, point 81, et Alitalia/Commission, précité, point 105, et la jurisprudence citée).
- 283 L'analyse par le Tribunal des présents moyens vise à déterminer si la décision attaquée est entachée d'un défaut de motivation, ou si elle est entachée d'une violation des articles 87, paragraphe 1, CE et 295 CE. À ce dernier égard, le Tribunal examinera en particulier si la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en ce qui concerne l'application du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché à l'égard de l'opération litigieuse.

A — *Première branche: violation de l'obligation de motivation en ce qui concerne l'existence de ressources d'État*

1. Arguments des parties

284 Le Land soutient que la Commission n'a pas motivé à suffisance de droit l'existence de ressources d'État employées lors de l'opération litigieuse.

285 La Commission conteste ne pas avoir motivé l'emploi de ressources d'État lors de l'opération litigieuse. Elle rappelle avoir expliqué que la WfA est une entreprise publique utilisant des fonds publics et que l'apport d'un tel patrimoine sous forme de capital à une entreprise impliquait forcément la mise à disposition de ressources d'État.

2. Appréciation du Tribunal

286 Comme cela a été souligné au point 182 ci-dessus et comme cela a été exposé aux considérants 27 à 30 et 38 de la décision attaquée, il est constant que la WfA était un organisme de droit public qui était doté de fonds publics, que le Land était l'unique détenteur de parts sociales de la WfA et qu'elle a été incorporée dans la WestLB par une loi promulguée par le parlement du Land. Dans ces circonstances, il est évident que l'opération litigieuse implique la mise à disposition de ressources d'État. La motivation fournie à cet égard par la décision attaquée est donc suffisante.

B — Deuxième branche: violation de l'obligation de motivation et violation de l'article 87, paragraphe 1, CE, en ce qui concerne le fait que l'opération litigieuse fausse la concurrence et affecte les échanges entre les États membres

1. Arguments des parties

287 La WestLB, s'appuyant sur l'arrêt de la Cour du 13 mars 1985, Pays-Bas et Leeuwarder Papierwarenfabriek/Commission (296/82 et 318/82, Rec. p. 809, point 24), allègue que la Commission a également violé son obligation de motivation en ce qui concerne l'existence de distorsion de concurrence et de restriction des échanges entre les États membres. À cet égard, la décision se limiterait à des constatations de nature générale à propos de la libéralisation des marchés financiers et à invoquer la présence de la WestLB à l'étranger.

288 En outre, à titre subsidiaire, pour le cas où l'interprétation de la notion d'aide d'État retenue dans la décision attaquée serait correcte, la WestLB fait valoir que le transfert de la WfA à la WestLB ne fausse pas la concurrence ni n'affecte les échanges entre les États membres. Même si la mesure en question constituait une aide d'État, la Commission devrait prouver qu'elle fausse la concurrence et affecte les échanges entre les États membres, ce qu'elle n'aurait pas fait. Le seul fait que la WestLB n'exerce pas ses activités dans le seul Land Nordrhein-Westfalen mais également à l'étranger ne serait pas suffisant pour supposer une distorsion de la concurrence. En outre, la référence à l'exposé des motifs de la loi du Land à propos du transfert de la WfA à la WestLB ne pourrait établir en soi la restriction des échanges entre États membres. La restriction des échanges devrait être démontrée objectivement et les motifs du législateur ne sont pas pertinents dans le présent contexte.

289 La Commission allègue qu'elle a motivé suffisamment la décision attaquée relativement à l'existence d'une distorsion de la concurrence et à l'affectation des échanges entre États membres. Elle rappelle avoir indiqué l'existence d'un lien étroit entre les fonds propres d'un établissement de crédit et ses activités bancaires et le fait que la WestLB «offre ses services en concurrence avec d'autres banques européennes». Le BdB ajoute que les requérants avaient participé à la procédure et connaissaient donc tous les détails de la position de la Commission sur le point en question (arrêt du Tribunal du 29 septembre 2000, CETM/Commission, T-55/99, Rec. p. II-3207, points 76 et suivants et 100 et suivants).

290 En outre, pour la Commission, l'opération litigieuse est susceptible de restreindre la concurrence puisqu'elle a donné à la WestLB des avantages qui lui ont permis de réduire des frais dans l'accomplissement des critères plus stricts de solvabilité. Elle aurait également renforcé sa position par rapport à celle d'autres concurrents, tant dans le commerce national que dans les échanges intracommunautaires, ce qui suffirait pour présumer l'existence d'une distorsion de la concurrence et d'une affectation des échanges entre États membres (conclusions de l'avocat général M. Saggio sous l'arrêt de la Cour du 19 septembre 2000, Allemagne/Commission, C-156/98, Rec. p. I-6857, I-6864, point 24, et de l'avocat général M. Cosmas sous l'arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, Allemagne/Commission, C-288/96, Rec. p. I-8237, I-8241, points 106 et suivants). Le BdB ajoute que, comme la WestLB paye pour le capital de la WfA des intérêts non conformes au marché, elle reçoit une aide au fonctionnement. Or, selon la jurisprudence de la Cour, les aides au fonctionnement sont supposées fausser par elles-mêmes la concurrence et la requérante n'a pas renversé cette présomption.

291 En ce qui concerne l'affectation des échanges entre États membres, la Commission rappelle les motifs de la loi du Land à propos du transfert de la WfA à la WestLB, qui exposent que l'opération litigieuse alors en discussion visait à renforcer «la capacité concurrentielle nationale et internationale» de cette dernière.

2. Appréciation du Tribunal

292 En ce qui concerne la motivation du point sous examen, il y a lieu de rappeler, outre la jurisprudence citée aux points 278 à 281 ci-dessus, que même dans les cas où il ressort des circonstances dans lesquelles l'aide a été accordée qu'elle est de nature à affecter les échanges entre États membres et à fausser ou à menacer de fausser la concurrence, il incombe tout au moins à la Commission d'évoquer ces circonstances dans les motifs de sa décision (arrêts de la Cour du 7 juin 1988, Grèce/Commission, 57/86, Rec. p. 2855, point 15; du 24 octobre 1996, Allemagne e.a./Commission, C-329/93, C-62/95 et C-63/95, Rec. p. I-5151, point 52, et du Tribunal du 30 avril 1998, Vlaams Gewest/Commission, T-214/95, Rec. p. II-717, point 64).

293 Or, il convient de constater que dans la décision attaquée la défenderesse a évoqué, notamment, le fait que la WestLB était une banque commerciale généraliste à vocation internationale; que c'est en Europe que sa présence à l'étranger est la plus forte; que ses activités à l'étranger représentaient, en 1997, 48 % de ses revenus non consolidés; qu'elle offre ses services en concurrence avec d'autres banques européennes; qu'il existe un lien étroit entre les fonds propres d'un établissement de crédit et ses activités bancaires (considérants 17 à 20, 55 à 66 et 157 à 160 de la décision attaquée).

294 Ce faisant, la défenderesse a exposé d'une manière suffisamment claire les faits et les considérations juridiques revêtant une importance essentielle dans l'économie de la décision à cet égard. Cette motivation permet aux requérants et au juge communautaire de connaître les raisons pour lesquelles la défenderesse a considéré que l'opération litigieuse entraînait une distorsion de la concurrence et affectait le commerce à l'intérieur de l'Union.

- 295 En outre, il n'incombait pas à la Commission de procéder à une analyse économique chiffrée extrêmement détaillée, dès lors qu'elle avait exposé en quoi les effets sur la concurrence et l'affectation des échanges entre États membres étaient manifestes.
- 296 Enfin, la Commission n'était pas tenue de faire la démonstration de l'effet réel que cette aide a eu sur la concurrence et sur les échanges entre États membres. En effet, l'obligation pour la Commission de rapporter une telle preuve aboutirait à favoriser les États membres qui versent des aides en violation du devoir de notification prévu par l'article 88, paragraphe 3, CE, au détriment de ceux qui notifient les aides à l'état de projet (arrêts du Tribunal Vlaams Gewest/Commission, précité, point 67; CETM/Commission, précité, point 103, et du 30 janvier 2002, Keller et Keller Meccanica/Commission, T-35/99, Rec. p. II-261, point 85).
- 297 Par conséquent, la présente branche des cinquième et sixième moyens doit être rejetée en ce qui concerne le prétendu défaut de motivation.
- 298 En ce qui concerne le bien-fondé de la décision de la Commission sur la présente question, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, même une aide d'une importance relativement faible est de nature à affecter les échanges entre États membres lorsque le secteur dans lequel opère l'entreprise qui en bénéficie connaît une vive concurrence (arrêts de la Cour du 11 novembre 1987, France/Commission, 259/85, Rec. p. 4393, point 24, et du 21 mars 1991, Italie/Commission, précité, point 27; arrêt Vlaams Gewest/Commission, précité, point 49).

- 299 En outre, lorsqu'une aide financière accordée par un État ou au moyen de ressources d'État renforce la position d'une entreprise par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires, ces derniers doivent être considérés comme influencés par l'aide (arrêt de la Cour du 17 septembre 1980, Philip Morris/Commission, 730/79, Rec. p. 2671, point 11; arrêts Vlaams Gewest/Commission, précité, point 50; CETM/Commission, précité, point 86).
- 300 Enfin, des aides qui visent à libérer les entreprises bénéficiaires de tout ou partie des coûts qu'elles auraient dû normalement supporter dans le cadre de leur gestion courante ou de leurs activités normales, faussent en principe la concurrence (voir arrêts Siemens/Commission, précité, points 48 et 77, et Vlaams Gewest/Commission, précité, point 43).
- 301 En l'espèce, il y a lieu de souligner que l'opération litigieuse a renforcé la position de la WestLB par rapport à celle de ses concurrents. Étant donné la dimension de l'opération et de la WestLB, tout comme la présence importante de cette dernière sur les marchés internationaux, il est manifeste, à la lumière de la jurisprudence citée, que c'est à bon droit que la défenderesse a conclu que l'opération litigieuse était susceptible de fausser la concurrence et d'affecter les échanges entre les États membres.
- 302 Cette constatation est confirmée par les motifs de la loi du Land relative au transfert de la WfA à la WestLB, qui expose que l'opération litigieuse visait à renforcer «la capacité concurrentielle nationale et internationale» de cette dernière.

- 303 Il résulte de ce qui précède que la présente branche doit être rejetée dans son intégralité.

C — Troisième branche: violation des articles 87, paragraphe 1, CE et 295 CE, en ce qui concerne l'application par la Commission du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché, et violation de l'obligation de motivation concernant certains éléments pris en compte dans le calcul de la rémunération appropriée

- 304 Les requérants, appuyés par la République fédérale d'Allemagne, invoquent la violation de l'obligation de motivation concernant certains éléments pris en compte dans le calcul de la rémunération appropriée de l'apport en cause et, à titre subsidiaire, pour le cas où l'interprétation de la notion d'aide d'État serait jugée correcte par le Tribunal, contestent l'application du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché faite par la décision attaquée. En premier lieu, ils font valoir que la décision attaquée ne prend pas en considération les particularités de l'opération litigieuse. En deuxième lieu, en ce qui concerne les capitaux propres qui ne peuvent pas être utilisés par la WestLB pour étendre ses activités commerciales, d'une part, ils invoquent un défaut de motivation de la fixation de la rémunération de ces capitaux au taux de 0,3 % après impôts et, d'autre part, ils soutiennent que l'avantage patrimonial reçu par la WestLB ne concerne pas ces capitaux. En troisième lieu, s'agissant du capital de la WfA utilisable aux fins de garantir les opérations commerciales de la WestLB, les requérants, d'une part, allèguent l'existence d'un défaut de motivation pour ce qui est de plusieurs éléments relatifs au calcul de la rémunération appropriée et, d'autre part, contestent le bien-fondé de la rémunération qui a été calculée par la Commission.

1. Absence de prise en considération des particularités de l'opération litigieuse

a) Arguments des parties

305 Les requérants, et en particulier le Land, font valoir que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation dans l'application faite dans la décision attaquée du principe de l'investisseur privé en n'ayant pas pris en compte certaines particularités de l'opération litigieuse.

306 Ils allèguent que, premièrement, en ce qui concerne l'investisseur, l'opération litigieuse était le seul acte permettant d'améliorer la rentabilité de la WfA et de mettre en œuvre le concept de banque d'État à la lumière des nouvelles dispositions prudentielles. Deuxièmement, étant donné la mission d'intérêt général de la WfA, il n'était pas possible d'obtenir un quelconque rendement de son patrimoine. Comme, en raison de l'opération litigieuse, le Land a pu obtenir d'importants revenus tout en conservant les limitations du patrimoine de la WfA, l'opération constituait l'utilisation économique la plus judicieuse de ce patrimoine.

307 Troisièmement, en cas de retrait ou de dissolution de la WestLB, la valeur de la WfA, éventuellement augmentée, ne reviendra qu'au seul Land. Quatrièmement, comme le patrimoine de la WfA constitue une garantie de second rang dans les relations internes, une action en garantie contre le patrimoine de la WfA est très improbable, même dans le cas invraisemblable de pertes de la WestLB. Cinquièmement, l'opération a produit des effets de synergie d'un montant de 30 millions de DEM par an, qui font partie du rendement escompté.

- 308 Sixièmement, les requérants remarquent que le patrimoine de la WfA n'est pas un capital liquide, mais possède une affectation précise, que l'opération litigieuse n'a pas modifiée, et qui diminue sa valeur. À cet égard, ils font valoir que la Commission a évalué erronément les désavantages liés à l'absence de liquidité du patrimoine de la WfA. Les requérants estiment que, pour calculer la rémunération appropriée, seul le point de vue de l'investisseur est pertinent. Par conséquent, contrairement à ce que prétend la Commission dans la décision attaquée (voir point 45 ci-dessus), la déductibilité fiscale des coûts de refinancement de la WestLB n'est pas pertinente pour ce calcul et le taux de refinancement de 8,26 % doit être intégralement soustrait au taux de rendement relatif à un capital propre liquide. En outre, une économie sur l'impôt sur les sociétés est fiscalement neutre, car elle entraîne chez l'investisseur une diminution de l'avoir résultant de la procédure de compensation afférente à l'impôt sur les sociétés en vigueur en Allemagne à l'époque de l'opération litigieuse. Enfin, en raison de l'absence de transfert de liquidités, le risque du Land est considérablement réduit, ce qui aurait dû amener la Commission à effectuer une réduction supplémentaire de la rémunération appropriée.
- 309 En revanche, la Commission, appuyée par le BdB, considère qu'elle a correctement tenu compte des particularités de l'opération litigieuse et explique pourquoi elles ne devaient pas la conduire à une appréciation différente de celle de la décision attaquée. Premièrement, elle estime avoir pris en compte la situation initiale du Land, en tant qu'investisseur, mais elle souligne que son appréciation de cette situation est différente de celle des requérants. Deuxièmement, elle conteste la pertinence des arguments des requérants relatifs à la mission d'intérêt public de la WfA en faisant valoir, notamment, que les requérants font un amalgame entre le rôle de l'État comme entrepreneur et celui qui lui revient en tant que titulaire de la souveraineté.
- 310 Troisièmement, la Commission avance que le droit prioritaire du Land à sa rémunération pour l'opération litigieuse est plutôt la conséquence nécessaire du fait que le Land n'a pas bénéficié de droits de propriété élargis par suite de la cession des actifs. Quatrièmement, elle conteste la pertinence de l'argument selon lequel le patrimoine de la WfA constitue seulement une garantie de second rang dans les relations internes, en faisant remarquer que la garantie disponible avant

l'opération était de 5,1 milliards de DEM et que les actifs de la WfA étaient évalués selon le bilan de la WestLB à 5,9 milliards de DEM, dont 4 milliards ont été reconnus par le Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen. Cinquièmement, elle estime que les effets de synergie ne doivent pas être considérés comme une partie de la rémunération des capitaux de la WfA, étant donné qu'ils n'impliquent aucun coût pour la WestLB.

311 Sixièmement, en ce qui concerne le caractère spécifique des fonds de la WfA, elle fait valoir, notamment, que le fait que le capital de la WfA a été admis au titre des fonds propres de base démontre qu'il est réellement disponible pour la WestLB pour pouvoir résorber des pertes éventuelles. Ces fonds apportent, donc, un avantage concurrentiel à la WestLB sur le marché des services financiers.

312 À cet égard, la Commission soutient également qu'elle a correctement pris en compte l'inconvénient lié à l'absence de liquidité des fonds dans le calcul de la rémunération appropriée. Elle allègue que, pour établir la rémunération appropriée sur la base du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché, ce qui est déterminant c'est la façon dont le bénéficiaire considère l'avantage concret qui lui est conféré. Ainsi, seules les dépenses nettes de refinancement, à savoir, les dépenses qui ne sont pas compensées par un impôt plus faible, sont à prendre en considération comme frais supplémentaires justifiés par le caractère particulier du capital transféré. De plus, la Commission rappelle qu'elle considère que l'avoir fiscal inhérent à la procédure de compensation ne joue aucun rôle dans le calcul de la rémunération appropriée. Elle allègue encore qu'une réduction supplémentaire motivée par le risque réduit du Land ne serait pas fondée.

b) Appréciation du Tribunal

313 En ce qui concerne les premier et deuxième arguments des requérants, à titre préliminaire, il y a lieu de souligner que, dans le cadre de l'application du principe

de l'investisseur privé, il ne suffit pas de comparer le rendement que le Land obtient par l'opération litigieuse avec celui qu'il obtenait pour le patrimoine de la WfA avant cette opération. En effet, il est constant que le patrimoine de la WfA, ayant comme unique mission d'encourager la construction de logements, n'était pas soumis à la logique d'un investisseur privé. En revanche, il convient de comparer le rendement obtenu par le Land grâce à l'opération litigieuse avec le rendement qu'un investisseur privé hypothétique, se trouvant dans la mesure du possible, dans la même situation que le Land, aurait exigé pour cette opération (voir en ce sens, arrêt DM Transport, précité, point 25).

314 Or, il y a lieu de souligner que, normalement, un investisseur privé ne se contente pas du fait qu'un investissement ne lui cause pas de pertes, ou qu'il lui rapporte des bénéfices limités. En effet, il cherchera une maximisation raisonnable du rendement de son investissement, en fonction des circonstances présentes et de la satisfaction de ses intérêts à court, à moyen et à long terme, y compris dans le cas d'un investissement dans une entreprise dans le capital social de laquelle il détient déjà une participation.

315 Ainsi, en ce qui concerne la position du Land comme investisseur, le fait que l'opération litigieuse soit raisonnable pour le Land ne l'exempte pas de l'application du droit communautaire des aides d'État. Ce fait n'évite pas la nécessité de savoir si cette opération renforce la position de la WestLB en lui donnant un avantage qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché.

316 La même observation s'applique à l'argument présenté par les requérants dans un second temps, selon lequel l'opération constituait l'utilisation économique la plus judicieuse du patrimoine de la WfA. En outre, le Tribunal considère que la Commission n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation lorsqu'elle n'a pas pris en compte, dans le calcul de la rémunération escomptée pour l'opération litigieuse par un investisseur privé, les bénéfices que le Land aurait retirés de sa participation à l'augmentation du volume d'affaires de la WestLB. À cet égard, il y a lieu de souligner que les requérants n'ont pas prétendu qu'une telle augmentation aurait dépassé celle obtenue par d'autres entreprises bancaires au cours de la même période dans des circonstances analogues. En l'absence d'une

telle démonstration, il ne peut pas être considéré que les bénéfices pour le Land résultant de l'augmentation du volume d'affaires de la WestLB soient une conséquence spécifique de l'opération litigieuse, de manière à les prendre en compte dans le calcul de la rémunération escomptée pour l'opération litigieuse par un investisseur privé. En tout état de cause, il y a lieu de remarquer que l'augmentation alléguée a également généré des bénéfices pour les autres associés de la WestLB, sans qu'ils n'y aient contribué en rien, ce qui n'est pas non plus conforme au comportement d'un investisseur opérant dans une économie de marché.

317 Enfin, en ce qui concerne l'argument du Land tiré de l'augmentation des recettes fiscales, il convient de souligner que la position du Land en tant qu'entité publique et sa position en tant qu'entrepreneur ne doivent pas être confondues. Or, cette augmentation de recettes serait totalement dénuée de pertinence pour un investisseur privé.

318 En ce qui concerne le troisième argument, selon lequel, en cas de retrait ou de dissolution de la WestLB, la valeur de la WfA, éventuellement augmentée, ne reviendra qu'au seul Land, il y a lieu d'observer, d'une part, que l'augmentation de cette valeur est incertaine et que l'argument suppose une hypothèse qui n'est pas souhaitable pour les requérants et qui va à l'encontre des objectifs de l'opération litigieuse. En effet, un tel argument suppose que la WestLB soit dissoute ou que le patrimoine de la WfA soit retiré de celui de la WestLB. Dans les deux cas, l'opération litigieuse, par laquelle la WfA a été intégrée dans la WestLB, serait anéantie. D'autre part, le fait que la valeur de la WfA, éventuellement augmentée, revienne au Land en cas de séparation ne diminue en rien la distorsion que l'opération litigieuse, entre-temps, est susceptible de produire sur la concurrence, ni n'exclut la possibilité que cette opération puisse constituer un avantage économique octroyé par le Land à la WestLB, que cette dernière n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché.

319 Pour ce qui est du quatrième argument des requérants, relatif au fait que le patrimoine de la WfA constitue une garantie de second rang dans les relations

internes entre les détenteurs de parts sociales de la WestLB, il ne saurait non plus être considéré que la Commission a commis une erreur manifeste en estimant que ce fait ne justifiait pas une réduction de la rémunération exigée pour l'opération litigieuse. En effet, il y a lieu de relever, tout d'abord, que cette garantie n'existe que dans les rapports entre les différents détenteurs de parts sociales. Au contraire, sur le plan des relations externes, le patrimoine de la WfA ne bénéficie d'aucune protection dans les rapports de la WestLB avec ses créanciers. Au surplus, même en ce qui concerne les relations internes, l'importance de l'apport de la WfA par rapport à l'ensemble des capitaux propres de la WestLB, à savoir 5,9 milliards de DEM par rapport aux 11 milliards de DEM qui constituaient le montant total des capitaux propres de la WestLB après l'opération litigieuse, soit approximativement 53,63 % du montant total, relativise considérablement l'importance du prétendu caractère faible du risque de garantie pesant sur l'apport réalisé par l'opération litigieuse.

- 320 S'agissant du cinquième argument, tiré de l'existence d'effets de synergie qui devraient prétendument être comptabilisés dans le calcul du rendement escompté, il y a lieu de rappeler que, comme cela a été souligné au point 314 ci-dessus, normalement, un investisseur privé ne se contente pas d'éviter des pertes ou d'obtenir un rendement limité pour son investissement, mais essaye de maximiser le rendement de son patrimoine en fonction des circonstances présentes et de ses intérêts. Il y a lieu, tout d'abord, de remarquer que ces effets de synergie ne représentent en rien un coût ou un désavantage pour la WestLB, pour lesquels cette dernière devrait recevoir une compensation sous forme d'une rémunération moindre des capitaux apportés. Or, il est ainsi plausible qu'un investisseur privé à la place du Land n'accepterait pas une rémunération plus basse pour son investissement en raison d'un avantage indirect qu'il retirerait de ce dernier, mais qui n'entraînerait aucun désavantage pour la WestLB. En outre, si la WestLB, au lieu d'avoir conclu l'opération litigieuse avec le Land, avait dû obtenir un financement auprès d'un investisseur privé qui ne pouvait pas bénéficier de ces effets de synergie, elle aurait toujours dû payer une rémunération conforme à celle offerte sur le marché. Dans ces circonstances, on ne saurait considérer que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que l'existence éventuelle d'effets de synergie bénéficiant indirectement au Land constituait pour ce dernier un avantage additionnel dérivé de l'opération litigieuse qui ne justifiait pas la réduction du montant de l'élément d'aide d'État estimé par la Commission.

- 321 S'agissant du sixième argument, relatif à la prise en considération du caractère limité de l'apport de la WfA à la WestLB, le Tribunal rappelle que la question ici en cause est celle de savoir quelle est l'exacte importance du caractère non liquide du capital de la WfA pour le calcul de la rémunération appropriée pour l'opération litigieuse. Plus précisément, les parties s'opposent sur la question de savoir si, pour un tel calcul, il convient ou non de prendre en compte le fait que les coûts de refinancement de la WestLB, comme dépenses d'exploitation, réduisent son revenu imposable et par conséquent l'impôt sur les sociétés qu'elle est tenue de payer.
- 322 Or, il convient de rappeler que l'article 87, paragraphe 1, CE a pour objet d'éviter que les échanges entre États membres ne soient affectés par des avantages consentis par les autorités publiques qui, sous des formes diverses, faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.
- 323 En vue de déterminer si l'intervention des pouvoirs publics dans le capital d'une entreprise présente le caractère d'une aide d'État, il y a lieu d'apprécier si, dans des circonstances similaires un investisseur opérant dans des conditions normales d'une économie de marché, d'une taille qui puisse être comparée à celle des organismes gérant le secteur public, aurait pu être amené à procéder à l'apport de capitaux en question. En particulier, il est pertinent de se demander si un investisseur privé aurait réalisé l'opération en cause aux mêmes conditions et, dans la négative, d'examiner à quelles conditions il aurait pu la réaliser (voir la jurisprudence citée au point 245 ci-dessus).
- 324 En l'espèce, conformément au raisonnement expliqué au point 313 ci-dessus, il convient de déterminer quel serait le rendement qu'un investisseur privé hypothétique, se trouvant dans la mesure du possible dans la même situation que le Land, aurait exigé pour l'opération litigieuse.

- 325 Comme mentionné aux points 180, 207 et 243 ci-dessus, l'objectif final est celui de déterminer si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché.
- 326 À cet égard, contrairement à ce que les requérants font valoir, il ne saurait être avancé, à l'encontre de la prise en considération de la déductibilité fiscale des coûts de refinancement de la WestLB, que, pour calculer la rémunération appropriée, seul le point de vue de l'investisseur est pertinent.
- 327 En effet, dans le cadre de l'application du droit communautaire des aides d'État, il ne saurait être considéré que l'exercice intellectuel qui consiste à vérifier si une opération s'est déroulée dans des conditions normales de l'économie de marché doit nécessairement être fait par référence au seul investisseur, ou à la seule entreprise bénéficiaire de l'investissement, alors que l'interaction entre les différents agents économiques est justement ce qui caractérise l'économie de marché.
- 328 Ainsi, dans le cadre de négociations dans des conditions normales de l'économie de marché, pour un investisseur privé se trouvant dans la même situation que le Land, il aurait été impossible de faire abstraction de l'absence de liquidité du capital de la WfA. Un tel investisseur aurait dû prendre en considération le point de vue de la WestLB et le fait que, pour cette dernière, le capital de la WfA avait une utilité limitée. En effet, il n'aurait pas pu exiger pour ce capital une rémunération semblable à celle d'un capital liquide.
- 329 De la même manière, en particulier dans une opération comme l'opération litigieuse, qui concernait un montant de capital considérable, il est justifié de penser qu'un investisseur privé aurait pris en considération les coûts effectifs pour la WestLB de l'absence de liquidité du capital de la WfA et, donc, la déductibilité fiscale partielle des coûts de refinancement qui en découlait.

- 330 En outre, s'agissant de l'argument selon lequel une économie sur l'impôt sur les sociétés est globalement neutre sur le plan fiscal, car elle entraînerait chez l'investisseur une diminution de l'avoir résultant de la compensation fiscale, il y a lieu de remarquer que, comme il sera démontré ci-après (voir points 388 à 393), l'absence de prise en compte par la Commission de la procédure de compensation afférente à l'impôt sur les sociétés en vigueur en Allemagne à l'époque de l'opération litigieuse ne saurait mettre en question la légalité du calcul en l'espèce de la rémunération appropriée.
- 331 En conclusion, il y a lieu de considérer que la décision attaquée n'est pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation pour autant que, dans le cadre de son évaluation de tous les éléments pertinents de l'opération litigieuse pour calculer la rémunération appropriée pour celle-ci, la Commission a considéré que l'absence de liquidité du capital de la WfA devait être prise en compte en fonction des coûts nets de refinancement qui y étaient relatifs et, donc, en fonction du fait que les coûts de refinancement amènent à une réduction de l'impôt sur les sociétés à payer par la WestLB. Par conséquent, le sixième argument des requérants doit être rejeté.
- 332 Enfin, il convient d'examiner encore l'argument présenté par les requérants dans le cadre de leur contestation de l'utilisation du rendement moyen, à savoir que la Commission n'a pas tenu compte du fait que les investisseurs privés peuvent poursuivre d'autres buts que l'optimisation du rendement de leur capitaux, par exemple en raison de l'effet engendré par la qualité du propriétaire (voir points 216 et 222 à 226 ci-dessus).
- 333 À cet égard, il y a lieu de constater que les requérants se limitent à énoncer de manière générale, d'une part, l'importance du fait que les investisseurs privés peuvent poursuivre d'autres buts que l'optimisation du rendement de leur investissement et, d'autre part, que cette considération devrait s'appliquer au Land en l'espèce.

- 334 Toutefois, ils n'expliquent pas dans quelle mesure concrète cette considération remettrait en question la légalité de la décision attaquée. En particulier, ils n'expliquent pas pourquoi et dans quelle mesure précise elle justifierait une diminution de l'élément d'aide d'État calculé par la Commission au regard du rendement que pouvait espérer le Land sur le capital de la WfA conformément au principe de l'investisseur privé. Par conséquent, il y a lieu de juger que les requérants n'ont pas démontré la pertinence en l'espèce de cette considération et ne peuvent donc pas légitimement reprocher à la Commission de ne l'avoir pas prise en compte.
- 335 En outre, s'agissant en particulier de l'argument tiré de l'effet engendré par la qualité du propriétaire, il y a lieu de rappeler que, comme il a été mentionné au point 314 ci-dessus, normalement, un investisseur privé ne se contente pas d'éviter des pertes ou d'obtenir un rendement limité pour son investissement, mais essaye de maximiser le rendement de son patrimoine en fonction des circonstances et de ses intérêts, y compris dans le cas d'un investissement dans une entreprise dans le capital social de laquelle il détient déjà une participation.
- 336 Par ailleurs, s'agissant de la prise en compte par la Commission de tous les éléments pertinents de l'opération litigieuse et de son contexte, il y a encore lieu de souligner que, tel que mentionné au point 197 ci-dessus, les requérants n'ont pas invoqué la circonstance selon laquelle la décision attaquée serait illégale en vertu du fait que les conditions prévues au paragraphe 2 de l'article 86 pour exempter la WestLB de l'application des règles de concurrence étaient remplies en l'espèce.
- 337 Il découle de ce qui précède que l'examen fait de la considération par la Commission des particularités de l'opération litigieuse n'a pas révélé d'erreur manifeste d'appréciation. Dès lors, le grief tiré de l'illégalité de la décision attaquée à cet égard doit être rejeté.

2. Rémunération appropriée pour le montant de 3,4 milliards de DEM du patrimoine de la WfA ne pouvant pas servir de garantie pour les opérations propres de la WestLB

a) Arguments des parties

338 Le Land avance que la décision attaquée est insuffisamment motivée en ce qui concerne la fixation de la rémunération appropriée au taux de 0,3 % après impôts des capitaux propres affectés à la garantie de crédits qui ne peuvent pas être utilisés par la WestLB. Il ne serait pas possible de comprendre pour quelles raisons la Commission prend en considération certains facteurs — notamment l'importance du montant en cause et la circonstance que les réserves spéciales de la WfA sont mises à la disposition de la WestLB pour une durée illimitée — et comment ces facteurs ont été pris en compte dans le calcul du taux de rémunération appropriée retenu.

339 En outre, les requérants contestent le bien-fondé de la décision attaquée à cet égard. Ils soutiennent qu'aucune rémunération ne devait être payée concernant les 3,4 milliards de DEM qui ne peuvent pas être utilisés par la WestLB pour étendre ses activités. Ils estiment que cette partie de l'apport ne fournit pas d'avantage économique à cette banque, étant donné que, sur ce montant, 1,5 milliard de DEM constitue le capital de garantie servant aux opérations de la WfA et non aux opérations de la WestLB et que le restant, à savoir 1,9 milliard de DEM, n'est pas non plus pris en compte par les créanciers de la banque, pour lesquels seule compte sa notation à long terme, qui n'a pas été changée par l'opération litigieuse.

340 La défenderesse rappelle avoir suffisamment indiqué au considérant 221 de la décision attaquée comment elle est arrivée au taux de 0,3 % après impôts pour déterminer la rémunération appropriée pour le capital non utilisable par la WestLB. Elle indique que le taux de 0,3 %, qui, au cours de la procédure formelle d'examen, a été indiqué par le gouvernement allemand comme étant une commission pour aval appropriée pour la WestLB, a été majoré pour prendre en compte les particularités du capital, à savoir l'importance du montant et la mise à disposition illimitée dans le temps, et, ensuite, a été ramené à une valeur après impôts.

341 En outre, la Commission considère que le montant de 3,4 milliards de DEM qui ne pouvait pas servir de garantie pour les opérations propres de la WestLB possède une utilité économique pour cette dernière, puisqu'il est inscrit au bilan de la WestLB comme étant des fonds propres supplémentaires et qu'il accroît donc sa crédibilité, en constituant une garantie additionnelle pour les créanciers. De plus, elle conteste l'argument tiré de l'importance de la notation de cette banque. Dès lors, elle estime que le montant mentionné devait également être pris en considération pour déterminer la rémunération appropriée pour le transfert de la WfA.

b) Appréciation du Tribunal

342 En ce qui concerne la motivation de la décision attaquée sur ce point, en premier lieu, il convient d'observer que, au considérant 220 de la décision attaquée, la Commission indique que les capitaux en question ont une valeur matérielle pour la WestLB, que leur fonction économique est comparable à celle d'une caution ou d'une garantie et que, pour prendre un tel risque, un investisseur privé exigerait une rémunération appropriée.

343 En second lieu, pour ce qui est du taux de 0,3 % de la rémunération, il suffit de constater que, comme la Commission l'indique au considérant 221 de la décision attaquée, et comme cela a été confirmé par les requérants à l'audience, ce taux avait été indiqué par le gouvernement allemand comme commission pour aval convenant à une banque telle que la WestLB.

344 Ainsi, il y a lieu de conclure que la décision attaquée, d'une part, a clairement expliqué les raisons qui ont amené la Commission à estimer qu'une rémunération était justifiée pour ces capitaux et, d'autre part, a fourni les éléments qui permettent aux requérants et au juge communautaire de comprendre les motifs du choix de la Commission concernant le calcul de la rémunération pour les capitaux en cause. Le grief des requérants tiré d'un défaut de motivation à cet égard doit donc être rejeté.

345 En ce qui concerne le bien-fondé de ce choix, il y a lieu de relever que, dans la mesure où les capitaux en cause ont apporté un avantage à la WestLB, en augmentant sa solvabilité, il est justifié de considérer qu'un investisseur privé aurait exigé une rémunération pour ces capitaux. En ce qui concerne le taux appliqué par la Commission, il suffit de répéter que celui-ci avait été indiqué par la République fédérale d'Allemagne et qu'il est sans importance à cet égard que la Commission ait jugé utile pour y parvenir de lui appliquer successivement une majoration puis une diminution. Par ailleurs, les requérants invoquent le fait que la WestLB ne devait payer aucune rémunération par rapport aux capitaux en question, mais n'expliquent pas pourquoi le taux final fixé par la Commission pour une rémunération appropriée de ces capitaux devrait être différent.

346 Dans ces conditions, il ne saurait être considéré que la décision de la Commission est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation en ce qui concerne la rémunération calculée pour le montant de 3,4 milliards de DEM du patrimoine de la WfA ne pouvant pas servir de garantie pour les opérations propres de la WestLB. Par conséquent, le grief tiré de l'illégalité de la décision attaquée à cet égard doit être rejeté.

3. Rémunération appropriée pour le montant de 2,5 milliards de DEM du patrimoine de la WfA pouvant servir de garantie pour les opérations propres de la WestLB

347 Les requérants, appuyés par la République fédérale d'Allemagne, font valoir, en premier lieu, que cette rémunération devait être calculée en prenant en compte le profil de risque spécifique du patrimoine de la WfA, qui est comparable à celui des instruments hybrides afférents aux fonds propres. En deuxième lieu, ils estiment qu'il n'était pas nécessaire d'augmenter la participation du Land dans le capital social de la WestLB pour que l'opération litigieuse ne constitue pas une aide d'État. En troisième lieu, ils avancent que le taux de rendement final de 9,3 % exigé par la Commission pour ce montant du patrimoine de la WfA n'est pas motivé en ce qui concerne certains de ses éléments et n'est pas fondé à plusieurs égards.

a) Comparabilité du transfert du patrimoine de la WfA à des instruments afférents aux fonds propres

Arguments des parties

348 La WestLB fait valoir que le profil de risque du patrimoine de la WfA n'est pas comparable à celui du capital social, mais à celui des instruments hybrides afférents aux fonds propres, tels que les participations passives, les perpetual preferred shares (actions privilégiées à durée indéterminée) et les titres participatifs. Ainsi, la rémunération appropriée pour l'opération litigieuse doit être calculée, non en comparant le transfert de la WfA à une augmentation du capital social, mais en le comparant à ces instruments hybrides et aux rémunérations versées pour ceux-ci, dont les valeurs (entre 9,3 et 10,3 %) sont

différentes de celle exigée par la Commission dans la décision attaquée en tant que rendement de base (12 %). En outre, la WestLB conteste le bien-fondé des observations effectuées par la Commission à cet égard dans la décision attaquée.

- 349 La Commission, appuyée par le BdB, conteste cet argument en faisant valoir que, en raison des particularités du patrimoine de la WfA, la comparaison avec des instruments hybrides afférents aux fonds propres ne constitue pas une base adéquate pour déterminer la rémunération appropriée de l'opération litigieuse. Elle explique en quoi le patrimoine de la WfA présente de nombreuses différences par rapport à chacun des instruments de comparaison mentionnés par la WestLB.

Appréciation du Tribunal

- 350 Le choix de la Commission en ce qui concerne les éléments de comparaison pour la fixation d'un taux de rémunération approprié de la partie du patrimoine de la WfA en cause ne saurait être qualifié de manifestement erroné. En effet, la Commission, aux considérants 193 à 201 de la décision attaquée, explique pourquoi elle estime que les différences entre les instruments hybrides et l'opération litigieuse sont telles que la comparaison de l'opération litigieuse avec ces instruments n'a qu'une valeur limitée. En particulier, elle a attiré l'attention sur le fait que les instruments hybrides invoqués par les requérants ne constituent généralement qu'une petite partie des fonds propres d'une banque, contrairement aux actifs de la WfA, qui représentaient presque la moitié des fonds propres de base de la WestLB.

- 351 Dans ces conditions, dans la mesure où la comparabilité du patrimoine de la WfA avec ces instruments hybrides concerne un domaine d'une complexité économique certaine, par rapport auquel la Commission jouit d'un large pouvoir d'appréciation, il y a lieu de considérer que, en fonction des limites du contrôle juridictionnel de cet acte, l'examen de la décision attaquée à cet égard n'a pas révélé d'erreur manifeste d'appréciation susceptible de mettre en question sa légalité.

b) Nécessité d'augmenter la participation du Land dans la WestLB

Arguments des parties

- 352 La WestLB allègue que, pour que l'opération litigieuse ne constitue pas une aide d'État, il n'était pas nécessaire d'augmenter la participation du Land dans le capital social de la WestLB, dès lors que le Land reçoit une rémunération appropriée pour le patrimoine de la WfA.
- 353 La Commission approuve l'affirmation de principe de la WestLB et explique qu'elle a simplement déclaré aux considérants 182 et 184 de la décision attaquée qu'une telle augmentation de la participation du Land dans le capital de la WestLB aurait été un des moyens d'obtenir un rendement approprié pour l'apport de capitaux en cause, à défaut de laquelle le Land devait obtenir une rémunération appropriée d'une autre manière.

Appréciation du Tribunal

- 354 Il y a lieu de considérer que cet argument des requérants est sans objet. En effet, les requérants et la Commission sont d'accord sur le fait que, pour que l'opération litigieuse ne constitue pas une aide d'État, il n'aurait pas été nécessaire d'augmenter la participation du Land dans le capital social de la WestLB, si le Land avait reçu une rémunération appropriée pour le patrimoine de la WfA. Ainsi, reste à déterminer si la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que la rémunération résultant de l'opération litigieuse n'était pas appropriée, dans un contexte dans lequel le Land n'a pas augmenté sa participation dans le capital social de la WestLB.

c) Sur le taux de rendement final de 9,3 %

355 Les requérants avancent que le taux de rendement final de 9,3 % exigé par la Commission comme rémunération appropriée de l'opération litigieuse n'est pas motivé en ce qui concerne certains de ses éléments et n'est pas fondé à plusieurs égards.

356 Premièrement, les requérants invoquent un défaut de motivation en ce qui concerne la fixation à 12 % du taux de rendement de base après impôts aux fins du calcul de la rémunération finale appropriée (ci-après le «taux de rendement de base»), et ils allèguent que ce taux est erroné. Deuxièmement, ils soutiennent qu'il existe un défaut de motivation concernant la majoration pour risques de 1,5 % effectuée par la Commission lors du calcul de la rémunération finale appropriée et soutiennent que cette majoration n'est pas justifiée.

i) Sur le taux de 12 % de rendement de base

Arguments des parties

357 Les requérants allèguent que la décision attaquée ne permet pas de connaître les critères à l'origine de la fixation du taux de rendement de base à hauteur de 12 % après impôts. Ils soutiennent également que la Commission n'était pas fondée à exiger un taux de ce montant.

- 358 En premier lieu, en ce qui concerne le type de taux de rendement de base utilisé par la Commission, les requérants soulignent que la décision attaquée est entachée d'une ambiguïté quant au point de savoir si le taux indiqué correspond au rendement des fonds propres (Return on Equity, ci-après le «RoE»), ou au rendement de l'investissement (Return on Investment, ci-après le «RoI»), qui seraient différents. Ils estiment également que la décision attaquée ne permet pas de savoir pourquoi la Commission retient un rendement escompté après impôts. Le Land ajoute que, bien que, dans sa défense, la Commission ait enfin précisé que le rendement escompté d'un investisseur ne pouvait être qu'un rendement escompté «après impôts» acquittés par l'entreprise, mais «avant impôts» acquittés par l'investisseur, cela ne résulte pas déjà clairement de la décision attaquée.
- 359 À cet égard, les requérants contestent la pertinence à cet effet de l'interprétation donnée à la décision attaquée par la Commission dans son mémoire en défense. La WestLB ajoute encore que le fait que la Commission s'est effectivement basée dans sa décision sur un rendement après impôts ressort en outre d'un projet de la décision attaquée et demande au Tribunal d'ordonner à la Commission de produire toutes les versions du projet de la décision attaquée.
- 360 En deuxième lieu, les requérants, appuyés par la République fédérale d'Allemagne, font valoir que la Commission devait prendre en considération l'existence d'un crédit d'impôt découlant de la procédure de compensation afférente à l'impôt sur les sociétés en vigueur en Allemagne à l'époque de l'opération litigieuse. Ils allèguent que la Commission assimile erronément le rendement avant impôts de l'investisseur au rendement après impôts acquittés par l'entreprise. Ils soutiennent que, comme cette assimilation ne tient pas compte des conséquences pour les intéressés du régime fiscal qui leur est applicable, les résultats de la comparaison des rendements effectuée par la Commission sont déformés au détriment des requérants, ce qui fausserait l'application du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché au cas d'espèce.

- 361 Ils font remarquer que, contrairement à d'autres investisseurs, quand le Land paye des impôts sur les dividendes, il n'a pas droit à un crédit d'impôt pour déduire de sa dette fiscale relative à l'impôt sur le revenu le montant correspondant aux impôts sur les bénéfices déjà payés par l'entreprise dont le Land reçoit les dividendes. Par l'effet de cette procédure de compensation, le RoE après impôts acquittés par l'entreprise différerait toujours du RoI avant impôts de l'investisseur, d'un montant au moins égal à celui de l'avoir fiscal afférent à l'impôt sur les sociétés.
- 362 Les requérants concluent que, pour assurer la comparabilité des rendements, il y a lieu d'attribuer aux investisseurs n'ayant pas droit à ce crédit d'impôts, un crédit fictif. Ainsi, selon la WestLB, en ayant fixé un taux de rendement de base de 12 %, la Commission devait prendre en compte un crédit d'impôt fictif de 5,5 % en tant qu'élément du revenu du Land. Alternativement, elle aurait pu ramener de 12 à 6,45 % le RoI avant impôts. Pour le Land, seul un dividende à distribuer de 6,48 % au plus pouvait être exigé de la WestLB.
- 363 En ce qui concerne l'argument du BdB et de la défenderesse selon lequel la procédure de compensation ne s'applique pas à la rémunération convenue pour le capital de la WfA, les requérants soutiennent que l'intérêt de leurs observations à cet égard consiste à confronter l'approche retenue par la Commission avec la situation fiscale d'un investisseur privé opérant dans une économie de marché, que cette institution prend comme modèle.
- 364 En troisième lieu, les requérants allèguent qu'il existe un défaut de motivation de la fixation de la valeur du taux de rendement de base utilisé par la défenderesse.

- 365 À cet égard les requérants contestent la pertinence des éléments retenus au considérant 209 de la décision attaquée et remarquent, en particulier, que la simple référence à la décision 98/490/CE de la Commission, du 20 mai 1998, concernant les aides accordées par la France au groupe Crédit Lyonnais (JO L 221, p. 28), sans explication quant aux similarités existant entre les deux affaires, ne saurait constituer une motivation suffisante.
- 366 Le Land soutient que le défaut de motivation de la décision attaquée est d'autant plus évident que la Commission se fonde exclusivement, apparemment pour la première fois dans cette décision, sur les rendements futurs escomptés, exigeant donc un rendement minimal. Elle ne se fierait pas, par exemple, aux rendements offerts par des entreprises comparables, effectivement réalisés dans le secteur économiquement comparable de l'État membre concerné. Or, les projections pour déterminer des rendements escomptés et les paramètres déterminants à cet égard ne ressortiraient pas des motifs de la décision. En outre, répondant aux observations de la Commission, le Land fait observer que, malgré le fait que les passages de la décision attaquée cités par la défenderesse exposent effectivement que ce sont les rendements escomptés qui guident principalement le choix d'un investisseur selon cette dernière, ces passages ne comprennent pas les projections et les paramètres qu'un investisseur prendrait en compte à cet effet.
- 367 La WestLB ajoute que la Commission n'a pas traité la question de savoir quel est le marché en cause ou le «secteur concerné» au sein duquel il y lieu d'attendre le rendement moyen sur lequel elle a fondé sa décision, question pourtant fondamentale pour déterminer dans une procédure relevant du droit des aides le rendement moyen pouvant être offert au sein d'une branche économique donnée.
- 368 Le Land fait encore valoir que, en n'ayant pas retenu certains arguments essentiels de l'analyse et les données et renseignements avancés par la République fédérale d'Allemagne à propos du taux de rendement de base, la Commission n'aurait offert aucune motivation à cet égard (arrêt de la Cour du 28 avril 1993, Italie/Commission, C-364/90, Rec. p. I-2097, points 44 et 45).

369 La Commission objecte que la décision attaquée n'est pas entachée d'un défaut de motivation concernant le taux de rendement de base de 12 % après impôts et soutient que ce taux est bien fondé.

370 En premier lieu, la défenderesse conteste l'affirmation selon laquelle la décision attaquée n'est pas motivée en ce qui concerne le type de taux de rendement de base qu'elle a utilisé.

371 En deuxième lieu, la Commission, appuyée par le BdB, conteste l'argument selon lequel le crédit d'impôt résultant de la procédure de compensation doit être pris en compte comme un élément de la rémunération de l'investisseur. La Commission considère que ce crédit d'impôt vise seulement à compenser la perte qui résulterait d'une double imposition. Elle conteste également le bien-fondé des observations relatives au domaine fiscal faites par les requérants à cet égard et explique pourquoi les calculs de la charge fiscale ne peuvent pas globalement être pris en compte pour déterminer le rendement moyen de l'investisseur opérant dans une économie de marché.

372 Le BdB et la Commission font encore valoir que la procédure d'imputation de l'impôt des sociétés ne s'applique absolument pas à la rémunération convenue pour le capital de la WfA, car cette rémunération est fixe alors que cette procédure ne s'applique en Allemagne que lorsque l'investisseur reçoit de l'entreprise une indemnisation sous la forme d'une participation aux bénéfices.

373 En troisième lieu, en ce qui concerne le prétendu défaut de motivation de la valeur du taux de rendement de base utilisé par la défenderesse, cette dernière souligne

que, au considérant 209 de la décision attaquée, elle a expressément mentionné les bases du calcul du taux en question, à savoir sa propre expérience, plusieurs déclarations et études de banques d'investissement et de sociétés de conseil sur les rendements réels et escomptés des capitaux propres et des investissements, les prises de position communiquées par les parties concernées ainsi qu'une décision antérieure de la Commission portant sur des capitaux mis à la disposition d'une banque publique par un État.

- 374 La Commission, appuyée par le BdB, fait valoir que les explications à cet égard contenues dans les considérants 206 à 209 de la décision attaquée doivent être lues dans leur cohérence systématique et, surtout, dans le contexte des multiples échanges qu'ont eus à ce sujet la Commission et les participants à la procédure administrative et en tenant compte du fait que la Commission a fait référence à des critères que la WestLB connaissait en tant qu'opérateur économique du secteur.
- 375 La défenderesse estime que la jurisprudence ne lui impose pas de fournir aux requérants une liste détaillée des méthodes et des sources d'informations, ou un exposé du raisonnement mathématique suivi dans le cas précis, en indiquant l'ensemble des éléments de calcul retenus (arrêts de la Cour du 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e.a.*, C-466/93, Rec. p. I-3799, point 16; du 29 février 1996, *Commission/Conseil*, C-122/94, Rec. p. I-881, point 29; du 12 novembre 1998, *Italie/Conseil*, C-352/96, Rec. p. I-6937, point 41).
- 376 La Commission allègue que dans le contexte de l'application du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché, elle a acquis une expérience importante sur les questions relatives aux apports de capitaux par les pouvoirs publics, aux rendements escomptés par les investisseurs et aux transactions portant sur des capitaux dans le secteur des services financiers. La Commission rappelle, d'une part, avoir pris à son compte, dans la décision attaquée, les considérations exposées dans l'étude de *First Consulting*, qui servent donc à motiver cette décision, et, d'autre part, avoir pris en compte des documents présentés par la République fédérale d'Allemagne, comme le prouve l'exposé détaillé relatif au rapport de *Lehman Brothers*.

377 La Commission soutient que la décision attaquée ne se réfère à la décision 98/490 relative au Crédit Lyonnais que pour autant que celle-ci constitue un exemple montrant que des analyses approfondies du secteur bancaire européen et l'application du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché ont également permis de constater qu'il y a lieu de fixer à 12 % le rendement escompté pour un investissement dans une banque. Elle explique qu'elle n'a pas transposé simplement la valeur du taux mentionné dans la décision 98/490 et qu'elle ne s'y est référée que pour souligner le caractère approprié du taux de rémunération retenu dans la décision attaquée. En outre, la Commission conteste la pertinence de la référence faite par la République fédérale d'Allemagne à l'arrêt *Alitalia/Commission*, précité, en soulignant que dans la présente espèce le taux de rendement utilisé dans la décision 98/490 n'était qu'une des sources d'information auxquelles s'est référée la Commission. De plus, ce taux ne servait pas à examiner si l'investissement constituait une aide, comme dans la décision ayant fait l'objet de l'arrêt *Alitalia/Commission*, précité, mais servait seulement à établir si le Crédit Lyonnais après assainissement était viable.

378 En ce qui concerne le calcul du rendement minimal escompté au taux de base de 12 % après impôts acquittés par la société, que, en 1991, un investisseur attendait de son capital, il ressortirait du considérant 209 de la décision attaquée que la Commission s'est fondée sur le rendement moyen obtenu dans le secteur bancaire, puisque, «dans la pratique, les entreprises doivent convaincre les investisseurs de leur capacité de fournir au moins un rendement moyen sur les capitaux apportés». Dans ce cadre, si «une entreprise ne répond pas [à ces] attentes, l'investisseur songera à se tourner vers celle qui lui offre de meilleures perspectives».

379 La Commission prétend que, sur la base des documents dont le contenu est spécifié dans la décision attaquée, les requérants pouvaient comprendre le pourquoi de la fixation du rendement minimal escompté à 12 % après impôts à acquitter par l'entreprise. Elle ajoute que cette valeur ne s'éloignait pas des valeurs proposées dans le rapport de Lehman Brothers, que la WestLB avait commandé.

- 380 La défenderesse réfute également la critique du Land selon laquelle la Commission n'a pas pris en considération le rendement réel d'entreprises comparables, mais s'est référée, pour la première fois dans sa pratique, au rendement futur escompté, en déduisant un rendement minimal, sans avoir indiqué les projections qui devaient être établies et les paramètres essentiels utilisés à cet effet. Elle admet avoir pris en compte essentiellement le rendement escompté, car c'est ce dernier qui guide le choix d'un investisseur, mais elle allègue avoir exposé en détail cet élément (voir, par exemple, les considérants 162, 167, 171, 208 et 209 de la décision attaquée).
- 381 Enfin, la Commission nie ne pas avoir pris en compte des arguments essentiels avancés par la République fédérale d'Allemagne. Il ressortirait de la décision attaquée qu'elle a examiné de manière très détaillée et approfondie l'ensemble des affirmations et arguments essentiels des intéressés (voir, notamment les considérants 121 à 138 de la décision).

Appréciation du Tribunal

- 382 En premier lieu, en ce qui concerne la motivation du choix, par la Commission, d'un taux de rendement de base calculé après impôts, il y a lieu de souligner que la rémunération effectivement payée par la WestLB au Land correspond à un rendement après impôts de l'entreprise, mais avant impôts de l'investisseur. La rémunération réelle payée annuellement par la WestLB a été de 0,6 % après impôts dus par l'entreprise ou de 1,1 % avant impôts dus par celle-ci.
- 383 Or, en l'espèce, la Commission a fixé l'élément d'aide par référence à la rémunération du Land après impôts dus par l'entreprise prévue par l'opération

litigieuse, qu'elle a comparée avec la rémunération qu'elle a tenue pour appropriée pour cette opération. Cette constatation résulte, tout d'abord du tableau n° 7 de la décision attaquée (considérant 232), qui effectue la soustraction de la «rémunération réelle (après impôts)» à la «rémunération conforme au marché», ainsi que de la précision selon laquelle le taux en cause correspond au «rendement minimal escompté de 12 % après impôts» utilisé au considérant 209 de la décision attaquée. Elle résulte également du considérant 69 et de la dernière phrase du considérant 121 de la décision attaquée.

384 Ainsi, si la rémunération réelle fixée par les parties à l'opération litigieuse, qui sert de base à la comparaison faite par la Commission, correspond à un rendement après impôts dus par l'entreprise et avant impôts dus par l'investisseur, alors, la rémunération appropriée calculée par la Commission ne pouvait que correspondre au même type de rendement pour servir de base de calcul de l'élément de l'aide. Il s'agit d'un facteur que les requérants et la République fédérale d'Allemagne ne pouvaient pas ignorer, puisque la Commission a, non seulement expliqué sa position en termes théoriques, mais, en conséquence, a aussi calculé les montants précis de l'aide à restituer par la WestLB selon le même critère.

385 En outre, dans le contexte de la décision, la référence faite dans sa note n° 45 aux «rendements nets» est également pertinente à cet effet. Le fait que la notion de «rendements nets» doit être comprise comme le rendement après impôts dus par l'entreprise, mais avant impôts dus par l'investisseur découle logiquement de l'emploi de cette notion dans le contexte de l'analyse faite dans la décision attaquée. En effet, cette décision analyse l'opération litigieuse du point de vue d'un investisseur privé, pour lequel le rendement à prendre en compte pour choisir son investissement est le rendement après impôts dus par l'entreprise.

386 En conclusion, il y a lieu de considérer que les termes mêmes de la décision attaquée permettent aux requérants et à la République fédérale d'Allemagne de comprendre que le taux de rendement de base utilisé par la Commission fait

référence à un rendement après impôts dus par l'entreprise, mais avant impôts dus par l'investisseur. L'argument des requérants tiré d'un défaut de motivation du fait que ce taux est après impôts doit, donc, être rejeté.

- 387 À cet égard, il convient encore de rejeter la demande de la WestLB visant à faire ordonner à la Commission de produire toutes les versions du projet de la décision attaquée pour vérifier quel est le type de taux de rendement de base utilisé par la Commission. En effet, elles ne présentent aucun aspect décisif pour le contrôle de légalité que le juge communautaire doit effectuer, une fois que l'analyse du texte de la décision attaquée est suffisante pour vérifier si l'obligation de motivation a été remplie par la Commission à cet égard (voir la jurisprudence citée au point 92 ci-dessus).
- 388 En deuxième lieu, concernant l'argument au fond relatif à la procédure de compensation afférente à l'impôt sur les sociétés en vigueur en Allemagne à l'époque de l'opération litigieuse (ci-après la «procédure du crédit d'impôt»), il y a lieu de déterminer si le crédit d'impôt qui résulte de cette procédure doit être pris en compte comme un élément de la rémunération de l'investisseur, dans le cadre du calcul de la rémunération appropriée pour l'opération litigieuse.
- 389 Pour l'essentiel, cette procédure se caractérise par le fait que, pour éviter une double imposition des bénéfices des sociétés, dans un premier temps, aux fins de la détermination du revenu imposable de chaque investisseur, le montant payé par l'entreprise au titre de l'impôt sur les bénéfices des sociétés est imputé à l'actionnaire, au prorata du capital social qu'il détient, en tant que revenu, s'ajoutant ainsi au montant des dividendes effectivement reçus par ce dernier. L'impôt sur le revenu à payer par l'investisseur est donc calculé par rapport à la somme qui résulte de cette addition, mais l'investisseur bénéficiaire, lors de la liquidation de la dette fiscale, d'un crédit d'impôt correspondant à la somme payée par l'entreprise au titre de l'impôt sur les bénéfices des sociétés, au prorata du capital social qu'il détient, qui est donc déduite de la dette fiscale de l'investisseur.

390 Les requérants font valoir que les résultats de la comparaison des rendements effectuée par la Commission sont déformés à leur détriment et en contradiction avec le principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché, en raison de l'absence de prise en compte du crédit d'impôt comme partie du rendement de l'investisseur.

391 En l'espèce, tout d'abord, il y a lieu de souligner que, comme il vient d'être expliqué (voir le point 386 ci-dessus), il résulte des termes mêmes de la décision attaquée que le type de taux de rendement utilisé par la Commission correspond à un rendement après impôts dus par l'entreprise, mais avant impôts dus par l'investisseur, visant donc uniquement les dividendes effectivement versés à ce dernier. Le rendement utilisé par la Commission comme point de départ de son calcul n'inclut donc pas le crédit d'impôt dont un investisseur privé aurait pu bénéficier à l'époque de l'opération litigieuse.

392 Ce choix de la Commission ne saurait être considéré comme manifestement erroné. Contrairement à ce qui se passe avec les investisseurs privés, la procédure du crédit d'impôt ne s'applique pas au Land. En effet, la procédure du crédit d'impôt vise seulement à compenser une éventuelle double imposition des bénéfices des sociétés. Or, le Land n'étant pas soumis à l'impôt sur les dividendes qu'il reçoit de la WestLB, ces dividendes ne sont donc pas soumis à une double imposition.

393 Dans ces conditions, le fait que le crédit d'impôt n'a pas été pris en considération pour déterminer la rémunération appropriée pour l'investissement du Land n'est pas susceptible de déformer la comparaison effectuée par la Commission. Par conséquent, l'argument des requérants à cet égard doit être rejeté.

394 En troisième lieu, en ce qui concerne la motivation de la valeur du taux de rendement de base utilisé par la Commission, il y a lieu de rappeler que la seule référence contenue à cet égard dans la décision attaquée figure au considérant 209, qui se lit comme suit:

«Lors de son enquête, la Commission a, à côté de sa propre expérience, également tenu compte de plusieurs déclarations et études de banques d'investissement et de sociétés de conseil sur les rendements réels et escomptés des capitaux propres et des investissements, de même que des prises de position communiquées par les différentes parties. Sur la base de ces informations, de son expérience et la matière, des statistiques du marché et de ses décisions antérieures sur les aides d'État, la Commission retient un rendement minimal escompté de 12 % après impôts sur cet investissement à caractère de capital propre, à la date du transfert. [...]»

395 Premièrement, il y a lieu de constater que, en lui-même, le texte de la décision attaquée ne permet pas de comprendre les faits et considérations revêtant une importance essentielle dans le choix fait par la Commission dans la décision attaquée sur la valeur du taux de rendement de base pour calculer la rémunération appropriée. En effet, dans la décision attaquée, la Commission se limite à énumérer les sources d'information à la base de son choix, mais ne reprend pas leur contenu de manière à expliquer dans quelle mesure et à l'égard de quelles considérations elle a pris en compte ces sources pour adopter sa décision.

396 Deuxièmement, il y a lieu de considérer que les références faites par la Commission ne permettent pas non plus de comprendre son choix à cet égard. En effet, pour ce qui est des «déclarations et études de banques d'investissement et de sociétés de conseil», ainsi que «des prises de position communiquées par les différentes parties», il y a lieu d'observer qu'une telle référence générale à des documents et prises de positions, qui proposaient des analyses opposées, avec des résultats différents, ne saurait être considérée comme apte à fournir une explication des motifs du choix de la Commission. De plus, il y a lieu de

souligner que le rapport de First Consulting, qui se rapprochait le plus de la valeur du taux de rendement de base utilisé par la Commission, n'a été communiqué aux requérants et à la République fédérale d'Allemagne que juste avant la procédure orale dans les présentes affaires.

397 S'agissant de l'«expérience en la matière» de la Commission, il y a lieu de remarquer qu'une telle référence ne fournit pas les justifications de la mesure prise de façon à permettre au juge d'exercer son contrôle de légalité et aux intéressés de défendre leurs droits.

398 Pour ce qui est des «décisions antérieures sur les aides d'État» de la Commission, le Tribunal constate que la seule référence précise faite par la défenderesse dans la décision attaquée est celle relative à la décision 98/490 relative au Crédit Lyonnais. Toutefois, comme la Commission l'affirme, cette affaire ne constituait qu'un exemple qui étayait la position de la Commission concernant la fixation du taux de rendement de base en l'espèce. En tout état de cause, la Commission n'explique nullement dans la décision attaquée quelle serait la pertinence en l'espèce du rendement exigé dans un autre contexte.

399 Troisièmement, il y a lieu d'analyser l'argument de la défenderesse selon lequel les requérants et la République fédérale d'Allemagne auraient pu comprendre le choix de la Commission en raison de leur participation à la procédure administrative et des connaissances de la WestLB comme opérateur économique du secteur. À cet égard, la Commission insiste sur le fait que le choix de la valeur du taux de rendement de base qu'elle a utilisé pouvait se comprendre dans le contexte de plusieurs rapports d'expertise échangés pendant la procédure administrative et, en particulier, que ce taux ne s'éloignait pas de la valeur mentionnée dans le rapport de Lehman Brothers fourni par la WestLB.

400 Cependant, il y a lieu de considérer que le fait que les requérants aient participé à la procédure, ou que la WestLB soit un opérateur économique du secteur

concerné, n'implique pas en l'espèce qu'ils soient en mesure de connaître les motifs à la base du choix de la Commission de la valeur du taux de rendement de base utilisé. De la même manière, le fait que la WestLB ait fourni un rapport qui mentionnait un taux de rendement semblable à celui de la Commission ne suffit pas en soi pour considérer que la décision attaquée est motivée à cet égard. En effet, la simple existence de ce rapport, qui adoptait une approche analytique et proposait une rémunération finale toutes deux différentes de celles de la décision attaquée, et dont le contenu n'est nullement repris dans cette décision, ne saurait dispenser la Commission de motiver la valeur du taux qu'elle a utilisé.

- 401 Quatrièmement, s'agissant de l'argument de la Commission tiré du fait que la jurisprudence ne l'oblige pas à fournir aux requérants une liste détaillée des méthodes et des sources d'informations, tout comme un exposé du raisonnement mathématique suivi dans le cas précis, il y a lieu de préciser que cette affirmation est exacte, mais que, une telle exigence n'étant pas en cause, la jurisprudence citée ne peut pas fonder la suffisance de la motivation de la décision attaquée à l'égard de la valeur du taux de rendement ici en question.
- 402 En effet, ce qui peut être reproché à la Commission dans la décision attaquée n'est pas l'absence de description exhaustive du raisonnement mathématique suivi en l'espèce, mais, tout simplement, le défaut d'explicitation des considérations essentielles qui ont amené la Commission à choisir la valeur du taux de rendement en question.
- 403 Enfin, il convient de souligner que, en l'espèce, l'obligation de motivation revêt une importance d'autant plus fondamentale que la valeur du taux de rendement de base exigé par la Commission constituait un élément central du calcul de la rémunération appropriée de l'opération litigieuse, effectué dans le cadre de l'application du principe de l'investisseur privé.

404 Il découle de ce qui précède que la motivation de la décision attaquée ne satisfait pas aux exigences de l'article 253 CE en ce qui concerne la fixation à 12 % de la valeur du taux de rendement de base utilisé dans le calcul de la rémunération appropriée. Le grief des requérants tiré d'un défaut de motivation à cet égard doit donc être accueilli.

405 Par conséquent, le Tribunal n'est pas en mesure de se prononcer sur les différents arguments contestant le bien-fondé de la décision attaquée en rapport avec la valeur de ce taux.

ii) Sur la majoration pour risques de 1,5 %

Arguments des parties

406 Les requérants estiment que la motivation de la fixation du taux de majoration pour risques à 1,5 % n'est pas suffisante. La décision se contenterait de renvoyer au rapport de First Consulting et n'expliquerait pas l'interprétation que la Commission a faite de ce rapport. La décision n'expliquerait pas non plus pourquoi, en ce qui concerne la fourchette des taux indiquée par la Commission comme justifiée dans la note n° 49 de cette décision, il conviendrait de considérer la valeur moyenne de cette fourchette comme valeur minimale. En outre, les requérants contestent la pertinence de la lettre de la Commission concernant l'entreprise Sidmar mentionnée dans la note n° 48 de la décision attaquée pour ce qui concerne la fixation du taux de majoration. À cet égard, ils affirment n'avoir pas eu connaissance de cette lettre avant la présente procédure contentieuse et contestent la pertinence de son contenu pour la présente espèce.

- 407 Les requérants contestent également le bien-fondé des raisons présentées par la Commission pour établir une majoration du taux de base de la rémunération appropriée. À cet égard, la WestLB demande au Tribunal d'ordonner à la Commission de communiquer le nom de la banque américaine ainsi que les circonstances concrètes de l'apport de capital auxquels elle se réfère dans la note n° 47 de la décision attaquée.
- 408 La Commission, appuyée par le BdB, conteste l'existence d'un défaut de motivation et soutient le bien-fondé de sa décision à cet égard.
- 409 Elle allègue avoir exposé en détail, aux considérants 210 et 215 de la décision attaquée, les facteurs à prendre en compte dans la détermination du taux de 1,5 % de majoration afférente aux risques, ainsi que leur importance et leur incidence sur la rémunération qu'un investisseur opérant dans une économie de marché exigerait pour son apport en capital. Elle considère que le fait d'avoir opté pour la valeur moyenne à partir des deux valeurs extrêmes indiquées par son expert est compréhensible d'emblée, compte tenu des considérations développées dans la décision attaquée. La défenderesse soutient également que les facteurs exigeant l'application d'une majoration constituent également les paramètres mis en œuvre pour déterminer le taux de cette majoration et que, comme il n'existe pas de modèle mathématique permettant de calculer le taux précis de majoration, la Commission doit recourir à son pouvoir d'appréciation.
- 410 La défenderesse allègue encore que, dès lors qu'elle a effectué tous ses calculs pour déterminer la rémunération appropriée sur la base des valeurs après impôts, il est logique que la majoration pour risques de 1,5 % soit, elle aussi, obligatoirement une valeur après impôts dus par l'entreprise.
- 411 En outre, la Commission souligne que, dans la décision attaquée, dans la note en bas de page n° 48 de celle-ci, elle a fait un renvoi à la lettre que, le 25 juillet 1984, elle avait adressée à l'État belge concernant l'entreprise Sidmar. Elle déclare que cette lettre expose que, en raison du fait que des actions sans droit de vote

devraient rapporter un dividende préférentiel supérieur au niveau normal, tout apport de capital sans droit de vote justifie une majoration de 2 %. La Commission ajoute que, au cours de la procédure administrative, elle a informé les requérants de sa pratique décisionnelle, qui a été suivie dans la décision attaquée. Elle conclut que, eu égard au taux faible appliqué, au renvoi à la lettre susmentionnée et aux discussions détaillées concernant les conditions dont il convenait de tenir compte, des investisseurs expérimentés tels que la WestLB et le Land pouvaient comprendre sans difficulté la décision de la Commission même sans précisions de la part de cette dernière quant à la voie qu'elle avait suivie.

- 412 Enfin, elle invoque la jurisprudence citée au point 375 ci-dessus à l'appui de sa position sur la motivation de la décision attaquée à l'égard de la majoration en cause.

Appréciation du Tribunal

- 413 En ce qui concerne la motivation de la majoration de 1,5 % du rendement de base, il y a lieu de constater que les considérants 210 et 215 de la décision attaquée exposent les motifs qui ont amené la Commission à estimer que le taux de rendement de base devait faire l'objet d'une majoration. En outre, il y a lieu de considérer que la motivation du fait que le taux de majoration était un taux après impôts découle logiquement du fait que la Commission avait également calculé un taux de rendement de base après impôts.

- 414 Toutefois, en ce qui concerne la motivation de la valeur du taux de majoration lui-même, il convient d'observer que la note en bas de page n° 49 de la décision attaquée fait référence au rapport de First Consulting. Cette note se limite à exposer que ce rapport, qui est présenté comme une «expertise commandée par la Commission», «souligne qu'un investisseur opérant dans une économie de marché attendrait une majoration pour chacune de ces circonstances particulières[, mentionnées dans le texte de la décision,] et propose de fixer une majoration de 1 à 2 % pour l'ensemble de ces trois aspects».

415 En outre, la note n° 48 de la même décision déclare:

«La Commission a déjà constaté dans plusieurs décisions que les actions sans droit de vote devraient rapporter un dividende préférentiel, supérieur au niveau normal (voir, par exemple, la lettre adressée par la Commission à l'État belge, en date du 25 juillet 1984, relative à l'entreprise Sidmar).»

416 Or, il est manifeste que le texte de la décision attaquée ne permet pas de comprendre de manière claire le raisonnement de la défenderesse concernant son choix de la valeur du taux de majoration appliquée en l'espèce. En outre, avant la procédure contentieuse, les requérants n'ont eu accès ni au rapport de First Consulting ni à la lettre concernant l'entreprise Sidmar, qu'elles n'ont pu consulter que juste avant la procédure orale dans les présentes affaires. Par ailleurs, cette lettre, qui date de juillet 1984, concerne une entreprise sidérurgique belge et il n'est pas possible de comprendre pourquoi un raisonnement utilisé pour cette entreprise à cette époque pouvait s'appliquer à l'opération litigieuse.

417 En ce qui concerne l'argument de la Commission tiré de la jurisprudence mentionnée au point 375 ci-dessus, il y a lieu de le rejeter pour les mêmes raisons que celles mentionnées aux points 401 et 402 ci-dessus. En outre, le degré de motivation que cette jurisprudence exige n'a pas été atteint dans la présente espèce en ce qui concerne la fixation du taux de majoration.

418 Il découle de ce qui précède que la motivation de la décision attaquée ne satisfait pas aux exigences de l'article 253 CE en ce qui concerne le taux de majoration de 1,5 % du taux de rendement de base utilisé pour calculer la rémunération appropriée. Le grief des requérants tiré d'un défaut de motivation à cet égard doit donc être accueilli.

- 419 Par conséquent, le Tribunal n'est pas en mesure de se prononcer sur les arguments relatifs au bien-fondé de la décision attaquée concernant ce point. Dans ces conditions, il n'est plus nécessaire de statuer sur la demande de la requérante dans l'affaire T-228/99 visant à faire ordonner à la Commission de communiquer le nom de la banque américaine ainsi que les circonstances concrètes de l'apport de capital auxquels elle se réfère dans la note n° 47 de la décision attaquée.

VI — Conclusions

- 420 L'examen de l'ensemble des moyens soulevés dans les présents litiges a fait apparaître que la décision attaquée est entachée d'un défaut de motivation sur deux éléments qui ont été utilisés pour le calcul de la rémunération appropriée de l'opération litigieuse, relatifs, respectivement, à la valeur du taux de rendement de base de 12 % et à la valeur du taux de majoration de 1,5 % de ce taux de rendement de base (voir points 394 à 404 et 414 à 418 ci-dessus). Le Tribunal estime que ces deux éléments sont d'une importance essentielle dans l'économie générale de la décision attaquée. Par conséquent, il y a lieu de prononcer l'annulation de cette décision.

Sur les dépens

- 421 Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission ayant succombé en ses conclusions et les requérants ayant conclu en ce sens, il y a lieu de condamner la Commission à supporter ses propres dépens ainsi que ceux des requérants.
- 422 En vertu de l'article 87, paragraphe 4, du règlement de procédure, la République fédérale d'Allemagne supportera ses propres dépens. Le BdB, partie intervenante, ayant succombé dans ses conclusions, supportera ses propres dépens.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (deuxième chambre élargie),

déclare et arrête:

- 1) La décision 2000/392/CE de la Commission, du 8 juillet 1999, concernant la mesure mise à exécution par l'Allemagne en faveur de la Westdeutsche Landesbank — Girozentrale (WestLB), est annulée.
- 2) La Commission supportera les dépens des requérants, ainsi que ses propres dépens.
- 3) La République fédérale d'Allemagne et le Bundesverband deutscher Banken eV supporteront leurs propres dépens.

Moura Ramos

Tiili

Pirrung

Mengozzi

Meij

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 6 mars 2003.

Le greffier

Le président

H. Jung

R. M. Moura Ramos

Table des matières

Antécédents du litige	II- 447
I — Environnement du litige	II- 447
A — Exigences en matière de capitaux propres imposées par la directive sur les fonds propres et par la directive sur la solvabilité	II- 448
B — WestLB	II- 449
C — WfA	II- 450
D — Intégration de la WfA dans la WestLB	II- 451
II — Procédure administrative	II- 454
III — Décision attaquée	II- 456
A — Analyse générale	II- 458
B — Analyse relative à la rémunération appropriée du capital	II- 461
Procédure et conclusions des parties	II- 466
Sur le fond	II- 469
I — Sur le premier moyen, tiré de l'incompétence de la Commission pour adopter la décision attaquée	II- 471
A — Arguments des parties	II- 471
B — Appréciation du Tribunal	II- 474
II — Sur le deuxième moyen, tiré de la violation des droits de la défense	II- 478
A — Arguments des parties	II- 478
B — Appréciation du Tribunal	II- 481
III — Sur le troisième moyen, tiré de la violation de formes substantielles	II- 485
A — Première branche: droit de la République fédérale d'Allemagne à être entendue	II- 485
1. Arguments des parties	II- 485
2. Appréciation du Tribunal	II- 487
B — Deuxième branche: constatations erronées de circonstances de fait	II- 493
1. Arguments des parties	II- 493
2. Appréciation du Tribunal	II- 494

C — Troisième branche: violation du principe de neutralité	II- 495
1. Arguments des parties	II- 495
2. Appréciation du Tribunal	II- 495
IV— Sur le quatrième moyen, tiré de la violation des articles 87, paragraphe 1, CE et 295 CE, en ce qui concerne l'interprétation de la notion d'aide d'État	II- 496
A — Première branche: existence de ressources d'État	II- 497
1. Arguments des parties	II- 497
2. Appréciation du Tribunal	II- 499
B — Deuxième branche: élargissement illégal de la notion d'aide d'État	II- 500
1. Violation de l'article 295 CE	II- 501
a) Arguments des parties	II- 501
b) Appréciation du Tribunal	II- 502
2. Application du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché à une entreprise rentable	II- 505
a) Arguments des parties	II- 505
b) Appréciation du Tribunal	II- 507
3. Exigence d'un rendement moyen dans le secteur concerné sur les capitaux apportés par l'investisseur public	II- 509
a) Arguments des parties	II- 509
i) Sur l'incompatibilité de l'exigence d'un rendement moyen avec l'article 87, paragraphe 1, CE	II- 510
ii) Sur la contradiction entre la décision attaquée et la communication de la Commission de 1993, sa pratique antérieure et la jurisprudence	II- 514
iii) Sur la violation de l'article 295 CE par l'exigence d'un rendement moyen	II- 515
b) Appréciation du Tribunal	II- 518
	II - 573

V — Sur les cinquième et sixième moyens, tirés de la violation de l'obligation de motivation et de la violation des articles 87, paragraphe 1, CE et 295 CE, en ce qui concerne, en premier lieu, l'existence de ressources d'État, en deuxième lieu, le fait que d'après la Commission l'opération litigieuse fausse la concurrence et affecte les échanges entre les États membres et, en troisième lieu, l'application par la Commission du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché	II- 527
A — Première branche: violation de l'obligation de motivation en ce qui concerne l'existence de ressources d'État	II- 529
1. Arguments des parties	II- 529
2. Appréciation du Tribunal	II- 529
B — Deuxième branche: violation de l'obligation de motivation et violation de l'article 87, paragraphe 1, CE, en ce qui concerne le fait que l'opération litigieuse fausse la concurrence et affecte les échanges entre les États membres	II- 530
1. Arguments des parties	II- 530
2. Appréciation du Tribunal	II- 532
C — Troisième branche: violation des articles 87, paragraphe 1, CE et 295 CE, en ce qui concerne l'application par la Commission du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché, et violation de l'obligation de motivation concernant certains éléments pris en compte dans le calcul de la rémunération appropriée	II- 535
1. Absence de prise en considération des particularités de l'opération litigieuse	II- 536
a) Arguments des parties	II- 536
b) Appréciation du Tribunal	II- 538
2. Rémunération appropriée pour le montant de 3,4 milliards de DEM du patrimoine de la WfA ne pouvant pas servir de garantie pour les opérations propres de la WestLB	II- 546
a) Arguments des parties	II- 546
b) Appréciation du Tribunal	II- 547

3. Rémunération appropriée pour le montant de 2,5 milliards de DEM du patrimoine de la WfA pouvant servir de garantie pour les opérations propres de la WestLB	II- 549
a) Comparabilité du transfert du patrimoine de la WfA à des instruments afférents aux fonds propres	II- 549
Arguments des parties	II- 549
Appréciation du Tribunal	II- 550
b) Nécessité d'augmenter la participation du Land dans la WestLB ...	II- 551
Arguments des parties	II- 551
Appréciation du Tribunal	II- 551
c) Sur le taux de rendement final de 9,3 %	II- 552
i) Sur le taux de 12 % de rendement de base	II- 552
Arguments des parties	II- 552
Appréciation du Tribunal	II- 559
ii) Sur la majoration pour risques de 1,5 %	II- 566
Arguments des parties	II- 566
Appréciation du Tribunal	II- 568
VI — Conclusions	II- 570
Sur les dépens	II- 570