

V

(Ogłoszenia)

POSTĘPOWANIA ZWIĄZANE Z REALIZACJĄ POLITYKI KONKURENCJI

KOMISJA EUROPEJSKA

POMOC PAŃSTWA – FRANCJA

Pomoc państwa SA.13869 (C 68/2002) – EDF: Przekwalifikowanie na kapitał rezerw księgowych zwolnionych z podatku na odnowienie sieci zaopatrzenia w energię elektryczną

Zaproszenie do zgłaszania uwag zgodnie z art. 108 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(2013/C 186/05)

Pismem z dnia 02.05.2013., zamieszczonym w autentycznej wersji językowej na stronach następujących po niniejszym streszczeniu, Komisja powiadomiła Francję o swojej decyzji w sprawie rozszerzenia postępowania określonego w art. 108 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej dotyczącego wyżej wspomnianego środka pomocy.

Zainteresowane strony mogą zgłaszać uwagi na temat środka pomocy, w odniesieniu do którego Komisja rozszerza postępowanie, w terminie jednego miesiąca od daty publikacji niniejszego streszczenia i następującego po nim pisma. Uwagi należy kierować na następujący adres:

European Commission
Directorate-General for Competition
State aid Greffe
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË
Faks: +32 22961242

Otrzymane uwagi zostaną przekazane władzom francuskim. Zainteresowane strony zgłaszające uwagi mogą wystąpić z odpowiednio uzasadnionym pisemnym wnioskiem o objęcie ich tożsamości klauzulą poufności.

W 1987 roku, ze względu na fakt, że w roku 1956 sieć zaopatrzenia w energię elektryczną (RAG) została powierzona przedsiębiorstwu EDF w drodze umowy koncesyjnej, EDF zmieniło swoją praktykę księgową i zaklasyfikowało aktywa przypisane RAG jako pozycję bilansu „Środki objęte koncesją”. Ustawa nr 97-1026 z dnia 10 listopada 1997 r. stanowi jednak, że EDF było uznane właścicielem RAG od 1956 roku. Rezerwy księgowo utworzone w okresie od 1987 r. do 1996 r. w ramach systemu środków objętych koncesją stały się więc bezprzedmiotowe. W roku 1997 EDF posiadało w swoich księgach dwa rodzaje rezerw utworzonych ze zwolnień podatkowych na odnowienie RAG: rezerwy jeszcze niewykorzystane w kwocie

38,5 miliarda franków francuskich (FRF) i prawa udzielającego koncesji, odpowiadające już zrealizowanym operacjom odnowienia na kwotę 18,345 miliarda FRF.

Ponieważ rezerwy te stały się bezprzedmiotowe, władze francuskie dokonały reorganizacji bilansu EDF w drodze ustawy i decyzji ministerialnej.

— Po pierwsze, ustawa nr 97-1026 z dnia 10 listopada 1997 r. stanowi, że „na dzień 1 stycznia 1997 r. wartość netto

środków materialnych objętych koncesją RAG figurujących w pasywach bilansu EDF jest wpisana, po uwzględnieniu odpowiednich różnic rewaloryzacyjnych, pod pozycją »Dotacje kapitałowe«. Ustawa ta przewiduje więc, że część rezerw odpowiadających uprawnieniom udzielającego koncesji jest przeklasyfikowana na dotacje kapitałowe, nie podlegając podatkowi od spółek.

- Po drugie, pismo ministra gospodarki, finansów i przemysłu, sekretarza stanu ds. budżetowych i sekretarza stanu ds. przemysłu, skierowane do EDF w dniu 22 grudnia 1997 r., wyjaśnia restrukturyzację pozycji bilansu EDF i określa również konsekwencje podatkowe reorganizacji bilansu EDF.

W ten sposób rezerwy jeszcze niewykorzystane na kwotę 38,5 miliarda FRF zostały normalnie opodatkowane przez władze francuskie, podczas gdy część rezerw odpowiadających uprawnieniom udzielającego koncesji nie została opodatkowana.

Decyzją z dnia 16 października 2002 r. (C(2002) 3744), notyfikowaną Republice Francuskiej w tym samym dniu, Komisja wszczęła postępowanie przewidziane w art. 108 ust. 2 TFUE w sprawie korzyści wynikających z niezapłacenia przez EDF należnego podatku od przedsiębiorstw podczas restrukturyzacji bilansu w 1997 r. od części rezerw odpowiadających prawom udzielającego koncesji. W notatce Dyrekcji Generalnej ds. Podatków z dnia 9 kwietnia 2002 r. przesłanej Komisji władze francuskie wskazują, że „uzyskaną [w ten sposób w 1997 r.] przez EDF korzyść podatkową można oszacować na 5,88 miliardów franków (14,119 × 41,66 %), tj. 888,89 milionów EUR.

W dniu 16 grudnia 2013 r. Komisja wydała ostateczną decyzję (C(2003)4637 final), która została następnego dnia notyfikowana Republice Francuskiej⁽¹⁾. W decyzji tej (art. 3 i 4) Komisja stwierdziła, że niezapłacenie przez EDF kwoty 888,89 milionów EUR należnego podatku od przedsiębiorstw podczas restrukturyzacji bilansu w 1997 r. od części rezerw odpowiadających prawom udzielającego koncesji, przeklasyfikowanych na dotację kapitałową, stanowi pomoc państwa niezgodną z rynkiem wewnętrznym, i zażądała jej zwrotu wraz z odsetkami.

Wyrokiem z dnia 15 grudnia 2009 r. Trybunał Unii Europejskiej uchylił art. 3 i 4 decyzji Komisji, głównie z tego względu na fakt, że obowiązkiem Komisji było zbadanie, czy inwestor prywatny mógłby zdecydować się na dokonanie inwestycji o porównywalnej wysokości w podobnych okolicznościach, niezależnie od formy interwencji państwa mającej na celu zwiększenie kapitału EDF, w celu stwierdzenia, czy decyzja ta była racjonalna gospodarczo, i porównania jej z postępowaniem, jakie przyjąłby inwestor prywatny wobec tego samego przedsiębiorstwa w takich samych okolicznościach⁽²⁾. Wyrokiem

z dnia 5 czerwca 2012 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej oddalił odwołanie wniesione przez Komisję od wyroku Trybunału⁽³⁾. Komisja powinna zatem podjąć nową decyzję zamykającą postępowanie wszczęte decyzją z dnia 16 października 2002 r. Należy jednak rozszerzyć tę procedurę w celu zebrania nowych informacji.

W trakcie postępowania administracyjnego władze francuskie stwierdziły, nie przedstawiając na poparcie tego twierdzenia innych dowodów ani analiz, że taka dodatkowa dotacja kapitałowa była uzasadniona perspektywą rentowności, jaką przedstawił EDF w 1997 r., która zresztą skonkretyzowała się w kolejnych latach. Jak podkreślają sądy Unii Europejskiej, możliwość stosowania i rzeczywiste stosowanie zasady rozsądnego inwestora prywatnego działającego w warunkach gospodarki rynkowej w odniesieniu do dotacji kapitałowej, takiej jak w niniejszej sprawie, wymaga w szczególności, aby państwo członkowskie rzeczywiście działało jako inwestor, a nie jako publiczny organ podatkowy. W tej kwestii dopuszczalnymi dowodami są analizy przeprowadzone przed inwestycją, w przeciwieństwie do analiz przeprowadzonych po fakcie.

Twierdzenie Francji, że inwestor prywatny działający w warunkach gospodarki rynkowej wniósłby wkład kapitałowy w wysokości 888,89 milionów EUR, nie zostało poparte żadnym dokumentem przekazanym Komisji, który zostałby zbadany przez władze francuskie, działając w charakterze akcjonariusza. Władze francuskie nawet nie wskazały, jakiego zwrotu z kapitału się spodziewały, a zatem tym bardziej nie wykazały, że oczekiwana rentowność wynikająca ze zwiększenia kapitału byłaby wystarczająca dla prywatnego inwestora. W tych okolicznościach zasada inwestora prywatnego wydaje się nie mieć zastosowania, a zakładając, że ma zastosowanie, jej zastosowanie doprowadziłoby do wniosku, że nie wydaje się, że rozsądny inwestor prywatny zainwestowałby w zwiększenie kapitału EDF, nie dysponując przeprowadzoną wcześniej analizą dotyczącą zwrotu z kapitału.

Wobec powyższego i z zastrzeżeniem nowych elementów, które mogłaby wnieść Republika Francuska lub zainteresowane strony trzecie, niezapłacenie w 1997 r. podatku od przedsiębiorstw w wysokości 888,89 milionów EUR mogło przysporzyć EDF korzyści gospodarczych, co mogło skutkować zakłóceniem konkurencji i wpłynąć na wymianę handlową między państwami członkowskimi, tym samym stanowiąc pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, dodatkowo niezgodną z prawem. W takim przypadku Komisja nie posiada danych umożliwiających jej stwierdzenie, że taka pomoc jest zgodna z rynkiem wewnętrznym.

Zgodnie z art. 14 rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999 wszelka pomoc bezprawnie przyznana może podlegać odzyskaniu od beneficjenta.

⁽¹⁾ Dz.U. L 49 z 22.2.2005, s. 9.

⁽²⁾ Wyrok Trybunału z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie T-156/04 EDF przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-04503.

⁽³⁾ Wyrok Trybunału z dnia 5 czerwca 2012 r. w sprawie C-124/10P — Komisja-EDF, dotychczas nieopublikowany.

TEKST PISMA

„Par la présente, la Commission a l'honneur d'informer la République française que, dans le cadre de la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ("TFUE")⁽¹⁾ qui a été ouverte par sa décision du 16 octobre 2002 dans l'affaire ci-dessus, après l'annulation des articles 3 et 4 de la décision du 16 décembre 2003 de la Commission et le réexamen des informations fournies par vos autorités, la Commission a décidé d'étendre cette procédure pour préciser celle-ci et recueillir les informations et observations complémentaires de la République française et des tiers intéressés à ce sujet.

PROCÉDURE

1. Par décision du 16 octobre 2002 (C(2002) 3744), notifiée à la République française le même jour, la Commission a ouvert la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, du TFUE sur l'avantage résultant du non-paiement par EDF de l'impôt sur les sociétés dû, lors de la restructuration de son bilan en 1997, sur une partie des provisions comptables créées en franchise d'impôt pour le renouvellement du réseau d'alimentation général (RAG). La Commission a aussi enjoint aux autorités françaises de fournir des informations nécessaires à l'examen de cet avantage fiscal dans le cadre de la procédure formelle.
2. Dans leurs observations transmises à la Commission par lettre en date du 11 décembre 2002, les autorités françaises ont contesté qu'EDF ait bénéficié d'un avantage fiscal et fait valoir notamment que la dotation complémentaire en capital corrigeait une sous-capitalisation et était justifiée de ce fait.
3. Après publication de la décision de la Commission⁽²⁾, par lettre du 21 janvier 2003, la Commission a transmis à la République française les seules observations reçues d'une partie intéressée, en l'invitant à présenter ses commentaires. La République française n'a pas présenté de commentaire sur ces observations.
4. Une réunion technique entre la Commission et les autorités françaises s'est tenue le 12 février 2003 au cours de laquelle la demande d'informations répondant à l'injonction a été réitérée oralement puis rappelée par lettre de la Commission du 4 juillet 2003.
5. Le 11 novembre 2003, la République française a présenté de nouvelles informations. Le 17 novembre 2003, une nouvelle réunion technique a été organisée entre la Commission, les autorités françaises et des représentants

d'EDF. Les autorités françaises ont également adressé des informations complémentaires en date du 20 novembre 2003.

6. Le 16 décembre 2003, la Commission a adopté sa décision finale (C(2003)4637fin), notifiée à la République française le lendemain⁽³⁾.
7. Par son arrêt du 15 décembre 2009, le Tribunal de l'Union européenne a annulé les articles 3 et 4 de la Décision de la Commission⁽⁴⁾.
8. Par son arrêt du 5 juin 2012, la Cour de Justice de l'Union européenne a rejeté le pourvoi formé par la Commission contre l'arrêt du Tribunal⁽⁵⁾.

DESCRIPTION DÉTAILLÉE DE LA MESURE

9. En 1987, au motif que le réseau d'alimentation générale (RAG) lui avait été confié en 1956 par un contrat de concession, EDF a modifié sa pratique comptable et classé les actifs affectés au RAG au poste du bilan « Biens mis en concession ». EDF a donc appliqué à ces actifs les règles comptables spéciales établies en France pour les biens mis en concession qui doivent être retournés à l'Etat à la fin de celle-ci, et a créé en franchise d'impôt des provisions pour le renouvellement du RAG.
10. La loi n° 97-1026 du 10 novembre 1997 a cependant établi qu'EDF était réputée propriétaire du RAG depuis 1956. Les provisions comptables créées de 1987 à 1996 en vertu du régime des biens mis en concession sont alors devenues sans objet.
11. En 1997, EDF avait dans ses comptes deux types de provisions créées en franchise d'impôt pour le renouvellement du RAG: les provisions non encore utilisées pour un montant de 38,5 milliards de francs français (FRF) et les droits du concédant, correspondant aux opérations de renouvellement déjà réalisées, pour un montant de FRF 18,345 milliards.
12. Ces provisions étant devenues sans objet, les autorités françaises ont réorganisé le bilan d'EDF à travers une loi et une décision ministérielle.
13. En premier lieu, la loi n° 97-1026 du 10 novembre 1997 dispose qu'au « 1er janvier 1997, la contre-valeur des biens en nature mis en concession du RAG figurant au passif du bilan d'EDF est inscrite, nette des écarts de réévaluation correspondants, au poste « Dotations en capital ». Rien, ni dans la loi, ni dans les travaux parlementaires, ne laisse penser que le législateur a voulu statuer sur le traitement fiscal de cette opération.

⁽¹⁾ À compter du 1^{er} décembre 2009, les articles 87 et 88 du traité CE sont devenus respectivement les articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne («TFUE»). Dans les deux cas, les dispositions sont, en substance, identiques. Aux fins de la présente décision, les références faites aux articles 107 et 108 du TFUE s'entendent, s'il y a lieu, comme faites respectivement aux articles 87 et 88 du traité CE. Le TFUE a également introduit certaines modifications de terminologie, telles que le remplacement de «Communauté» par «Union», de marché commun par «marché intérieur» et de «Tribunal de première instance» par «Tribunal». La terminologie du TFUE est utilisée dans la présente décision.

⁽²⁾ JO C 280 du 16.11.2002, p. 8.

⁽³⁾ JO L 049 du 22.02.2005 p. 9.

⁽⁴⁾ Arrêt du Tribunal du 15 décembre 2009, Affaire T-156/04— EDF/Commission, REC 2009 page II-04503.

⁽⁵⁾ Arrêt de la Cour du 5 juin 2012, Affaire C-124/10P— Commission-EDF, non encore publié.

14. En second lieu, une lettre du ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, du secrétaire d'Etat au Budget et du secrétaire d'Etat à l'Industrie, adressée à EDF le 22 décembre 1997 (ci-après « la lettre du ministre de l'Economie »), explique dans son annexe 1 la restructuration du haut du bilan d'EDF, conformément à l'article 4 de la loi n° 97-1026 du 10 novembre 1997:
- «— Reclassement des « droits du concédant » (18 345 563 605 F):
- Consolidation en dotations en capital de la contre-valeur des biens en nature du RAG mis dans la concession à hauteur de FRF 14 119 065 335.
- Regroupement des écarts de réévaluation du RAG de 1959 (2.425 MF) et de 1976 (immobilisations non amortissables: 97 MF) avec le poste « Ecart de réévaluation RAG », dont le montant passe ainsi de 1.720 MF à 4.145 MF.
- Regroupement des provisions réglementées relatives à la réévaluation des immobilisations amortissables de 1976 (1.704 MF), le poste passant de 877 MF à 2.581 MF.
- Reclassement des provisions pour renouvellement devenues injustifiées (38 520 943 408 F) au report à nouveau, en application de l'avis du Conseil national de la comptabilité n° 97-06 du 18 juin 1997 relatif aux changements comptables.»
15. L'annexe 3 de la lettre du ministre de l'Economie établit également les conséquences fiscales de la réorganisation du bilan d'EDF. Une variation d'actif net est constatée avec le reclassement des provisions pour renouvellement non utilisées, d'un montant de FRF 38,5 milliards, au report à nouveau, et soumise à l'impôt sur les sociétés au taux de 41,66 % applicable en 1997.
16. Ainsi, les provisions non encore utilisées pour un montant de FRF 38,5 milliards ont été imposées normalement par les autorités françaises, alors que la partie des provisions correspondant aux droits du concédant n'a pas été imposée. Dans une note de la Direction générale des impôts en date du 9 avril 2002, adressée à la Commission, les autorités françaises indiquent que « les droits du concédant afférents au RAG représentent une dette indue que l'incorporation au capital a libérée d'impôt de manière injustifiée » et que « cette réserve aurait dû, préalablement à son incorporation au capital, être transférée du passif de l'établissement où elle figurait à tort vers un compte de situation nette entraînant ainsi une variation positive d'actif net imposable en application de l'article 38-2 » du Code général des impôts. Elles constatent que « l'avantage en impôts ainsi obtenu [en 1997 par EDF] peut être évalué à 5,88 milliards de francs (14,119 × 41,66 %) », soit EUR 888,89 millions ⁽¹⁾.
17. Conformément à la loi n° 97-1026 du 10 novembre 1997 et à la lettre du ministre de l'Economie, les écarts de réévaluation ont été transférés à la rubrique « Capitaux propres » sans incidence fiscale, car ils correspondaient à des plus-values de réévaluation réalisées en franchise d'impôt ou sous un régime de neutralité fiscale suite aux lois de réévaluation de 1959 et de 1976.
18. Dans le cadre de la réorganisation du bilan d'EDF, les autorités françaises ont suivi l'avis n° 97.06 du 18 juin 1997 du Conseil national de la comptabilité, relatif aux changements de méthodes comptables, changements d'estimation, changements d'options fiscales et corrections d'erreurs (ci-après « l'avis du Conseil national de la comptabilité »), qui établit que les corrections d'erreurs comptables, qui, par leur nature même, portent sur la comptabilisation des opérations passées, « sont comptabilisées dans le résultat de l'exercice au cours duquel elles sont constatées ».

DÉCISION D'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE

19. Dans sa décision d'ouverture de la procédure du 16 octobre 2002, la Commission concluait que la création irrégulière de provisions complémentaires pour renouvellement du réseau d'alimentation générale (RAG) sur la période 1987-1996 avait favorisé EDF au sens de l'article 107 (1) du TFUE. Elle lui aurait procuré un avantage économique sélectif résultant de la différence entre la valeur capitalisée de l'impôt sur les sociétés non payé sur les provisions au cours de la même période et le montant de l'impôt sur les sociétés acquitté par EDF en 1997, à la suite de l'adoption par le Parlement français de l'article 4 de la loi 97 – 1026.
20. En dépit du fait qu'EDF exerçait en France des activités sur une série de marchés soumis à des droits de monopole avant l'entrée en vigueur de la directive du Conseil 96/92 libéralisant le secteur de l'électricité, la Commission considérait que les mesures d'aides en cause en faveur d'EDF ont faussé ou menacé de fausser la concurrence et le commerce entre Etats membres aux termes de l'article 107 (1) du TFUE. Cela résultait en particulier du fait que, malgré les droits exclusifs dont jouissait EDF dans l'exercice de certaines activités en France, il existait néanmoins un certain degré de commerce entre Etats membres sur ces marchés. De surcroît, une libre concurrence existait sur les marchés connexes sur lesquels EDF avait déjà diversifié (que ce soit d'un point de vue géographique ou sectoriel) ses activités au-delà de l'étendue de ses droits exclusifs. Ces effets étaient déjà présents bien avant la libéralisation provoquée par la directive susmentionnée.
21. La Commission concluait aussi qu'il s'agissait d'une aide nouvelle qui ne semblait pas, à ce stade, permettre de considérer que les conditions énoncées à l'article 107, paragraphes 2 et 3, du TFUE, étaient remplies, cependant que les autorités françaises n'avaient pas invoqué l'application des dispositions de l'article 106, paragraphe 2 du TFUE.
22. Enfin, dans son injonction du 16 octobre 2002, la Commission avait demandé aux autorités françaises la communication de tous les documents, informations et données nécessaires pour apprécier la compatibilité de cette mesure d'aide, et notamment les copies complètes des rapports confidentiels de la Cour des comptes française

⁽¹⁾ Conversion réalisée sur la base du taux de change franc-euro en date du 22 décembre 1997.

sur EDF. Les autorités françaises se sont limitées à communiquer des extraits de ces rapports, au motif que seuls ces extraits étaient en rapport avec l'investigation de la Commission et que les « rapports particuliers de la Cour des comptes sur EDF comportent des éléments nominatifs ou qui relèvent du secret commercial ».

OBSERVATIONS D'UN TIERS INTÉRESSÉ

23. Par lettre en date du 6 janvier 2003, le Syndicat National des Producteurs Indépendants d'Electricité Thermique (SNPIET) a adressé des observations à la Commission dans le cadre de la procédure formelle d'examen ouverte sur le non-paiement par EDF, en 1997, de l'impôt sur les sociétés sur une partie des provisions créées en franchise d'impôt pour le renouvellement du RAG. Selon ces observations, EDF ne s'est pas conformée dans le cadre de ses activités aux règles en usage dans les sociétés industrielles et commerciales, contrairement à ce que dispose la loi n° 46-628 du 8 avril 1946.

OBSERVATIONS DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

24. Les autorités françaises ont communiqué leurs observations à la Commission par lettre en date du 11 décembre 2002. Elles contestent le caractère d'aide d'Etat du non-paiement, en 1997, de l'impôt sur les sociétés sur une partie des provisions comptables créées en franchise d'impôt pour le renouvellement du RAG.
25. A titre préliminaire, les autorités françaises contestent le montant des provisions pour renouvellement du RAG avancé par la Commission. Les autorités françaises soutiennent ensuite que, même en l'absence de dotations en provisions pour le renouvellement du RAG, EDF n'aurait pas été en mesure de payer l'impôt sur les sociétés de 1987 à 1996 du fait de reports fiscaux fortement déficitaires. De plus, l'Etat étant à la fois propriétaire d'EDF et autorité concédant le RAG, elles ont considéré que les droits du concédant ne constituaient pas pour lui une dette réellement exigible. Par conséquent, lors de la restructuration du bilan en 1997, elles ont affecté ces droits du concédant aux capitaux propres d'EDF afin de corriger sa sous-capitalisation, mais sans les soumettre à l'impôt sur les sociétés.
26. Les autorités françaises considèrent que la restructuration comptable opérée en 1997 peut être interprétée comme une dotation complémentaire en capital d'un montant équivalent à l'exonération partielle d'impôt, dont le but a été également de corriger une sous-capitalisation. Il aurait été jugé plus efficace et neutre d'affecter directement les droits du concédant en fonds propres pour leur montant total plutôt que d'effectuer l'opération de nature équivalente qui aurait consisté à affecter en capital un montant net après impôts sur les sociétés, solliciter le versement par EDF de l'impôt sur les sociétés correspondant à la variation de l'actif net puis, enfin, procéder à une dotation complémentaire en capital d'un montant équivalent à l'impôt payé.
27. Les autorités françaises estiment qu'une telle dotation complémentaire était justifiée par les perspectives de rentabilité offertes par EDF en 1997, qui se sont d'ailleurs concrétisées pendant les années suivantes. Dans des circonstances comparables, selon les autorités françaises, un investisseur privé en économie de marché aurait procédé à un tel apport en capital.
28. Les autorités françaises contestent également que la rémunération de l'Etat ait été indûment diminuée de 1987 à 1996 suite à la création des provisions en question. Elles indiquent que, même si le résultat net avait été supérieur, la rémunération de l'Etat n'aurait pas été plus élevée car, pendant cette période, le niveau de la rémunération ne correspondait pas à un pourcentage prédéfini du résultat net de l'entreprise. Ce niveau était déterminé librement par l'Etat en valeur absolue et pouvait ne pas être fixé en fonction de la situation financière de l'entreprise. De plus, cette rémunération n'était pas obligatoirement prélevée sur les bénéfices nets de chaque exercice. Dans cette perspective et compte tenu des reports déficitaires d'EDF, les autorités françaises soulignent que l'Etat a finalement prélevé de 1987 à 1996 un dividende dont le niveau a dépassé de façon considérable les limites du droit commun des sociétés commerciales.
29. Les autorités françaises estiment, en outre, que même si la constitution des provisions pour le renouvellement du RAG s'était traduite par un avantage, celui-ci devrait être considéré comme annulé par l'augmentation de l'impôt sur les sociétés payé en 1997. Elles estiment également que sur la période 1987-1996, EDF a globalement versé à l'Etat une somme supérieure à l'impôt sur les sociétés qu'aurait payé une société de droit commercial, qui n'aurait pas constitué de provisions pour renouvellement du RAG et qui aurait versé à son actionnaire un dividende égal à 37,5% du résultat net après impôt.
30. Par ailleurs, les autorités françaises considèrent que si un avantage indu devait être établi, il s'agirait d'une aide existante, et non d'une aide nouvelle en raison de la prescription décennale, prévue à l'article 15 du règlement (CE) n° 659/1999, qui court à partir de l'octroi des premiers éléments d'aide. Compte tenu que la première demande de renseignements de la Commission date du 10 juillet 2001, les éventuels éléments d'aide accordés avant 1991 seraient prescrits. Les autorités françaises estiment que l'intervention du législateur en 1997 n'a pas eu pour effet d'interrompre cette prescription, puisque seules des mesures de la Commission peuvent avoir cet effet. Les autorités françaises estiment enfin qu'il s'agirait de toute façon d'une aide existante, dans la mesure où elle a été octroyée avant la libéralisation du marché électrique.
31. Dans leur lettre en date du 20 novembre 2003, les autorités françaises rappellent leurs arguments quant aux écarts de réévaluation inclus dans le montant des droits du concédant figurant dans les comptes sociaux et quant à l'application de la règle de prescription. De plus, elles affirment que le taux de l'impôt sur les sociétés qui aurait dû être appliqué à la restructuration du bilan d'EDF est celui de 1996 (taux de 36,67 %), et non de 1997 (taux de 41,66 %). En effet, elles considèrent que cette restructuration a été réalisée sur une déclaration fiscale déposée le 23 décembre 1997, après la clôture de l'exercice 1996 mais avant celle de l'exercice 1997.

32. Les autorités françaises contestent ainsi l'affirmation de la Commission selon laquelle EDF aurait bénéficié d'un avantage en 1997 en raison du non-paiement de l'impôt sur les sociétés sur une partie des provisions créées en franchise d'impôt pour le renouvellement du RAG.

LES ARRÊTS DES JURIDICTIONS DE L'UNION EUROPÉENNE

33. Dans son arrêt du 15 décembre 2009, le Tribunal de l'Union européenne a annulé les articles 3 et 4 de la décision de la Commission du 16 décembre 2003, essentiellement au motif qu'il appartenait à la Commission, de vérifier si un investisseur privé aurait procédé à un investissement comparable dans son montant dans des circonstances similaires, indépendamment de la forme de l'intervention de l'État pour augmenter le capital d'EDF et de l'usage éventuel de ressources fiscales à cet effet, et ce afin de vérifier la rationalité économique de cet investissement et de le comparer au comportement qu'aurait eu un tel investisseur à l'égard de la même entreprise dans les mêmes circonstances. Le Tribunal a estimé qu'en regard à la nécessité d'apprécier la mesure litigieuse dans son contexte, la Commission ne pouvait se limiter à examiner les incidences fiscales des dispositions adoptées par la République française et aurait dû vérifier si l'opération satisfaisait au critère de l'investisseur privé. Le Tribunal a donc considéré que la Commission avait commis une erreur de droit et violé l'article 87 CE (devenu article 107 TFUE).
34. Dans son arrêt du 5 juin 2012, la Cour de Justice de l'Union européenne a rejeté le pourvoi formé par la Commission contre l'arrêt du Tribunal, notamment au motif que le constat effectué par le Tribunal selon lequel l'obligation pour la Commission de vérifier si les capitaux ont été apportés par l'État dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales du marché existe indépendamment de la forme sous laquelle les capitaux ont été apportés, tout comme l'appréciation du Tribunal selon laquelle le critère de l'investisseur privé peut être applicable même dans le cas où des moyens de nature fiscale ont été employés, ne sont entachés d'aucune erreur de droit.
35. La Cour considère que, en cas de doute sur la qualité de puissance publique ou d'actionnaire qui est à l'origine d'une mesure, il incombe à l'État membre d'établir sans équivoque et sur la base d'éléments objectifs et vérifiables que la mesure mise en œuvre ressortit à sa qualité d'actionnaire. Ces éléments doivent faire apparaître clairement que l'État membre concerné a pris, préalablement ou simultanément à l'octroi de l'avantage économique, la décision de procéder, par la mesure effectivement mise en œuvre, à un investissement dans l'entreprise publique contrôlée. Peuvent notamment être requis, à cet égard, des éléments faisant apparaître que cette décision est fondée sur des évaluations économiques comparables à celles qu'un investisseur privé rationnel se trouvant dans une situation la plus proche possible de celle dudit État membre aurait fait établir, avant de procéder audit investissement, aux fins de déterminer la rentabilité future d'un tel investissement.
36. La Cour estime que des évaluations économiques établies après l'octroi dudit avantage, le constat rétrospectif de la rentabilité effective de l'investissement réalisé par l'État

concerné ou des justifications ultérieures du choix du procédé effectivement retenu ne sauraient suffire à établir que cet État membre a pris, préalablement ou simultanément à cet octroi, une telle décision en sa qualité d'actionnaire. Si l'État membre concerné fait parvenir à la Commission des éléments de la nature requise, il appartient à cette dernière d'effectuer une appréciation globale prenant en compte, outre les éléments fournis par cet État membre, tout autre élément pertinent en l'espèce lui permettant de déterminer si la mesure en cause ressortit à la qualité d'actionnaire ou à celle de puissance publique dudit État membre. En particulier, peuvent être pertinents à cet égard, la nature et l'objet de cette mesure, le contexte dans lequel elle s'inscrit, ainsi que l'objectif poursuivi et les règles auxquelles ladite mesure est soumise.

37. En outre la Cour relève que l'application du critère de l'investisseur privé aurait permis de déterminer si un actionnaire privé aurait apporté, à des conditions similaires, un montant égal à l'impôt dû, dans une entreprise se trouvant dans une situation comparable à celle d'EDF. A cet égard, lorsqu'il apparaît que le critère de l'investisseur privé pourrait être applicable, la Cour estime qu'il incombe à la Commission de demander à l'État membre concerné de lui fournir toutes les informations pertinentes lui permettant de vérifier si les conditions d'applicabilité et d'application de ce critère sont remplies et elle ne peut refuser d'examiner de telles informations que si les éléments de preuve produits ont été établis postérieurement à l'adoption de la décision d'effectuer l'investissement en question. En effet, seuls sont pertinents les éléments disponibles et les évolutions prévisibles au moment où la décision de procéder à l'investissement a été prise.
38. Au point 99 de cet arrêt, la Cour a souligné que, par l'arrêt attaqué, le Tribunal n'avait préjugé ni de l'applicabilité, en l'espèce, du critère de l'investisseur privé avisé en économie de marché, ni du résultat de l'éventuelle application de ce critère.

CONSÉQUENCES POUR LA PROCÉDURE

39. A la suite de l'annulation des articles 3 et 4 de la décision du 16 décembre 2003, la Commission doit adopter une nouvelle décision en vertu de l'art. 266 TFUE et de l'article 13 du Règlement (CE) 659/99⁽¹⁾ pour clôturer la procédure en se conformant aux points de droits établis de manière définitive par l'arrêt de la Cour qui détermine l'État du droit en la matière. Les articles 3 et 4 de la décision du 16 décembre 2003 ayant été annulés dans leur intégralité, la Commission doit réexaminer les questions relatives à ces articles dans leur ensemble. En outre, ni la Cour, ni le Tribunal n'ont estimé que la décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen prise le 16 octobre 2002 était viciée, de sorte qu'elle peut constituer la base d'une nouvelle décision finale.
40. Compte tenu de ce qui précède, au vu des observations et informations reçues au cours de la présente procédure, la Commission pourrait en principe statuer sans étendre la

⁽¹⁾ Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, Journal officiel n° L 083 du 27.3.1999 p. 1 - 9,

procédure formelle d'examen. Néanmoins, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, la Commission estime qu'il est à la fois prudent et opportun de laisser à l'Etat membre concerné et aux parties intéressées la possibilité de lui fournir des documents contemporains des mesures examinées, à supposer que de tels documents existent et n'aient pas été produits à ce jour. La Commission estime également opportun de préciser son analyse préliminaire et de permettre à la République française et aux tiers intéressés de lui faire parvenir toutes les réactions, informations et documents qu'ils estiment pertinents, en vue d'une décision finale à prendre conformément à l'article 7 du Règlement (CE) n° 659/1999.

41. A ce stade, tout en l'inscrivant dans le contexte du reclassement des provisions créées en franchise d'impôt pour le renouvellement du RAG en capital d'EDF en vertu de loi n° 97-1026 du 10 novembre 1997, la Commission concentrera son examen préliminaire sur l'éventuel avantage économique découlant du non-paiement par EDF, en 1997, de l'impôt sur les sociétés pour un montant d'EUR 888,89 millions (augmenté des intérêts) sur la partie des provisions correspondant aux FRF 14,119 milliards de droits du concédant reclassés en dotations en capital.

APPRECIATION DES MESURES: EXISTENCE D'UNE AIDE D'ETAT

42. L'article 107, paragraphe 1, du TFUE dispose que: "Sauf dérogations prévues par le présent TFUE, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions". L'examen de ces conditions cumulatives d'application à la mesure en cause est poursuivi ci-après.

Avantage sélectif faussant ou menaçant de fausser la concurrence

43. La loi n° 97-1026 du 10 novembre 1997 ayant établi qu'EDF était réputée propriétaire du RAG depuis 1956, il convient de vérifier si cette loi n'implique pas un transfert de propriété du RAG.
44. Selon les informations soumises par les autorités françaises, EDF peut raisonnablement être considérée comme propriétaire du RAG depuis le premier cahier des charges de 1956. Cette conclusion est fondée sur les éléments suivants: les caractéristiques des différents types de contrats de concession en droit français, les caractéristiques particulières de la concession originale à EDF, qui ne comportait pas de clause précise de rétrocession, la procédure d'acquisition des actifs concernés, pour lesquels EDF a dû acquitter un droit similaire à une indemnité d'expropriation, et les conditions de financement de l'entretien et du développement du RAG aux frais d'EDF. Par conséquent, la « clarification » sur la propriété du RAG, effectuée par la loi n° 97-1026 du 10 novembre 1997, ne semble pas contenir en soi d'élément d'avantage économique pour EDF.
45. Il faut en conséquence examiner si la loi n° 97-1026 a tiré toutes les conséquences fiscales de la clarification qu'elle

apporte quant à la propriété du RAG et si, dans l'hypothèse où tel ne serait pas le cas, il n'y a pas eu d'avantage économique de nature fiscale en faveur d'EDF.

46. Pendant la période 1987-1996, EDF a créé des provisions en franchise d'impôt pour le renouvellement du RAG. Suite à la loi de 1997 réputant EDF propriétaire du RAG depuis 1956, ces provisions sont devenues sans objet et ont dû par conséquent être reclassées à d'autres postes du bilan.
47. La lettre du ministre de l'Economie, établissant les conséquences fiscales de la restructuration du bilan d'EDF, montre que les provisions pour renouvellement du RAG non utilisées ont été soumises par les autorités françaises à l'impôt sur les sociétés au taux de 41,66 %, taux applicable en 1997.
48. En revanche, conformément à l'article 4 de la loi n° 97-1026 du 10 novembre 1997, une partie de ces provisions, les droits du concédant, correspondant aux opérations de renouvellement déjà réalisées, a été reclassée en dotations en capital à hauteur de FRF 14,119 milliards sans être soumise à l'impôt sur les sociétés. L'administration des impôts reconnaît le caractère illégal de cette opération, comme il résulte de la note de la Direction générale des impôts en date du 9 avril 2002, adressée à la Commission et reprise au considérant 16.
49. Conformément à l'avis du Conseil national de la comptabilité, les corrections d'erreur doivent être comptabilisées dans le résultat de l'exercice au cours duquel elles sont constatées. D'autre part, si les provisions non utilisées qui avaient été créées en franchise d'impôt pour un montant de FRF 38,5 milliards ont été soumises à l'impôt sur les sociétés au taux de 41,66 % en 1997, il n'existe aucune raison objective de ne pas avoir imposé l'autre partie des provisions créées en franchise d'impôt au même taux.
50. Les droits du concédant auraient dû être imposés en même temps et au même taux que les autres provisions comptables créées en franchise d'impôt. Cela signifie que les FRF 14,119 milliards de droits du concédant auraient dû être additionnés aux FRF 38,5 milliards de provisions non utilisées pour être imposés au taux de 41,66 % appliqué à la restructuration du bilan d'EDF par les autorités françaises. En ne payant pas la totalité de l'impôt sur les sociétés dû lors de la restructuration de son bilan, EDF a économisé EUR 888,89 millions.
51. L'aide est bien consentie en 1997, car le montant de FRF 14,119 milliards était à cette date une dette envers l'Etat, enregistrée au bilan comme droits du concédant, que l'Etat a abandonnée par la loi n° 97-1026 du 10 novembre 1997, cependant que les conséquences fiscales de la loi sont exposées dans la lettre du ministre de l'économie de 22 décembre 1997.
52. Les autorités françaises affirment que, même en l'absence de dotations en provisions pour le renouvellement du RAG, EDF n'aurait pas été en mesure de payer l'impôt sur les sociétés de 1987 à 1996 du fait des reports fiscaux déficitaires. Cet argument n'est pas pertinent. L'avantage fiscal

date de 1997, et non des années antérieures. En outre, les dotations en provisions irrégulières ont provoqué partiellement les reports fiscaux déficitaires. Ceux-ci auraient progressivement disparu de 1987 à 1996, de sorte que, en 1997, le montant de l'impôt dû par EDF aurait été nettement supérieur à ce qu'il a effectivement été, même sans tenir compte du non-paiement d'impôt pour le reclassement de droits du concédant.

53. Les autorités françaises estiment également que si la constitution des provisions pour le renouvellement du RAG s'était traduite par un avantage, celui-ci devrait être considéré comme annulé par l'augmentation de l'impôt sur les sociétés payé en 1997. Or, comme les autorités françaises l'indiquent elles-mêmes dans leur note en date du 9 avril 2002, si les provisions pour renouvellement non utilisées ont été imposées normalement, les droits du concédant ont été reclassés en dotations en capital sans être soumis à l'impôt sur les sociétés. L'impôt payé par EDF en 1997 est donc inférieur à l'impôt normalement dû.
54. Les autorités françaises affirment également que sur la période 1987-1996, EDF a globalement versé à l'Etat une somme supérieure à l'impôt sur les sociétés qu'aurait payé une société de droit commercial, qui n'aurait pas constitué de provisions pour renouvellement du RAG et qui aurait versé à son actionnaire un dividende égal à 37,5% du résultat net après impôt. En outre, le taux de l'impôt sur les sociétés qui aurait dû être appliqué à la restructuration du bilan d'EDF est celui de 1996, et non de 1997.
55. Comme indiqué précédemment, d'une part, que le Conseil national de la comptabilité considère que les erreurs comptables doivent être corrigées au cours de l'exercice comptable au cours duquel elles ont été constatées. Les provisions pour renouvellement du RAG étant devenues sans objet suite à la loi n° 97-1026 du 10 novembre 1997, c'est bien au cours de l'exercice comptable 1997 qu'elles devaient être reclassées, et donc imposées au taux de l'impôt sur les sociétés applicables au cours de cet exercice. D'autre part, les autorités françaises elles-mêmes ont appliqué le taux de l'impôt sur les sociétés de 1997 à la partie des provisions qui a été imposée.
56. A ce stade de l'examen, le non-paiement par EDF, en 1997, d'EUR 888,89 millions d'impôt semble donc constituer un avantage économique pour cette entreprise. EDF a pu employer la somme équivalente au non-paiement de l'impôt pour renforcer ses capitaux propres sans faire appel à des ressources financières extérieures.
57. Toutefois, ainsi que le rappellent les juridictions de l'Union, notamment dans leurs arrêts repris aux considérants 33 à 38 ci-dessus, en l'espèce, une dotation en capital supplémentaire au bénéfice d'EDF ne constituerait pas un avantage économique au sens de l'article 107, paragraphe 1 du TFUE s'il est établi qu'un actionnaire privé hypothétique aurait apporté, à des conditions similaires, un montant égal à l'impôt dû, dans une entreprise se trouvant dans une situation comparable à celle d'EDF.

Principe de l'investisseur privé: applicabilité et application

58. Il convient donc d'examiner, successivement, l'applicabilité et l'application de ce principe aux faits de l'espèce, compte tenu de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne.
59. Les autorités françaises prétendent que la réforme comptable de 1997 équivaut à une dotation complémentaire en capital d'un montant égal à l'exonération partielle d'impôt. Il s'agirait donc de leur part d'un investissement, et non d'une aide. A cet égard, elles affirment qu'une telle dotation complémentaire était justifiée par les perspectives de rentabilité offertes par EDF en 1997, qui se sont d'ailleurs concrétisées pendant les années suivantes. Dans des circonstances comparables, selon les autorités françaises, un investisseur privé en économie de marché aurait procédé à un tel apport en capital. Aucune autre preuve, démonstration ou document ne viennent étayer cette affirmation.

Sur l'applicabilité du principe de l'investisseur privé

60. Pour ce qui est de l'applicabilité du principe, il convient de déterminer si la mesure litigieuse a été prise par l'Etat en qualité d'actionnaire ou de puissance publique. La Cour de justice de l'Union européenne précise que:
- si un Etat membre invoque, au cours de la procédure administrative, le principe de l'investisseur privé en économie de marché, il lui incombe, en cas de doute, d'établir sans équivoque et sur la base d'éléments objectifs et vérifiables que la mesure mise en œuvre ressortit à sa qualité d'actionnaire (point 82 de l'arrêt); ces éléments doivent faire apparaître clairement que l'Etat membre concerné a pris, préalablement ou simultanément à l'octroi de l'avantage économique, la décision de procéder, par la mesure effectivement mise en œuvre, à un investissement dans l'entreprise publique contrôlée (point 83 de l'arrêt);
 - peuvent notamment être requis, à cet égard, des éléments faisant apparaître que cette décision est fondée sur des évaluations économiques comparables à celles que, dans les circonstances de l'espèce, un investisseur rationnel se trouvant dans une situation la plus proche possible de celle dudit Etat membre aurait fait établir, avant de procéder audit investissement, aux fins de déterminer la rentabilité future d'un tel investissement;
 - peuvent être pertinents à cet égard la nature et l'objet de cette mesure, le contexte dans lequel elle s'inscrit, ainsi que l'objectif et les règles auxquelles ladite mesure est soumise.
61. Or, en l'espèce, ni les autorités françaises, ni EDF n'ont été en mesure de produire de document antérieur ou simultané à la décision d'octroi de l'avantage qui constituerait un véritable plan d'affaires. Il n'est pas même attesté que les autorités françaises auraient examiné les perspectives de rentabilité offertes par EDF en 1997 dont elles se prévalent.

- Les autorités françaises sont en défaut même d'indiquer quel était le rendement du capital qu'elles escomptaient et, par conséquent et a fortiori, de montrer que la rentabilité attendue de l'augmentation de capital eût été suffisante pour un investisseur privé. De la même façon, il ne ressort nullement des travaux parlementaires que les députés et sénateurs auraient procédé à l'examen et à la discussion d'un plan d'affaires avant d'adopter la disposition législative litigieuse. De même, aucun élément objectif et vérifiable ne fait apparaître clairement que la République française a pris, préalablement ou simultanément à l'octroi de l'avantage fiscal, la décision de procéder, par celui-ci, à un investissement dans l'entreprise EDF. Aux termes de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, cette constatation milite fortement contre l'applicabilité du principe de l'investisseur privé en économie de marché.
62. En revanche, les pièces disponibles montrent que c'est dans l'exercice de leurs compétences fiscales que le ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, le secrétaire d'Etat au Budget et le secrétaire d'Etat à l'Industrie, dans leur lettre adressée à EDF le 22 décembre 1997 y compris ses annexes, expliquent la restructuration du haut du bilan d'EDF, conformément à l'article 4 de la loi n° 97-1026 du 10 novembre 1997 et les conséquences fiscales de celui-ci, sans qu'il soit question d'un quelconque investissement rentable.
63. De même, alors que seules des règles fiscales et comptables semblent avoir été appliquées par les autorités françaises, il est probable que, sans la mesure en cause, le produit de l'impôt sur les sociétés non perçu aurait été versé aux recettes générales du budget de l'Etat français en 1997. Il n'apparaît pas non plus que des dispositions spécifiques en loi de finances aient été adoptées pour pré-affecter ce produit aux dépenses de l'Etat français au titre d'un quelconque investissement dans le capital d'EDF dans le cadre du même budget, en application du principe que l'affectation, totale ou partielle, d'une ressource établie au profit de l'Etat, à une personne morale distincte telle EDF, ne peut résulter que d'une disposition expresse de loi de finances.
64. La mesure en cause semble uniquement régie par des règles comptables et fiscales et échapper aux règles et contrôles prévus pour les investissements de l'Etat français en tant qu'actionnaire. Par ailleurs, force est de constater que, comme il est indiqué au considérant 26, les autorités françaises se réfèrent à une opération hypothétique équivalente d'investissement pour le montant d'impôt non perçu qui n'a jamais existé, et dont les autorités françaises sont en défaut de démontrer qu'elle aurait pu être menée à bien en respectant les dispositions fiscales et budgétaires régissant cette manière. A défaut de cette démonstration, le non-prélèvement de l'impôt apparaît comme une dérogation ad hoc des règles applicables.
65. Certes, contrairement à l'avantage exorbitant que procurerait la seule annulation sans contrepartie d'un impôt dû, le non-paiement par EDF, en 1997, de l'impôt sur les sociétés s'inscrit dans les faits dans le contexte plus vaste de la loi n° 97-1026 du 10 novembre 1997, qui reclassait en capital d'EDF des provisions créées en franchise d'impôt pour le renouvellement du RAG et qui constitue, à n'en pas douter, une mesure de recapitalisation. En revanche, il n'apparaît pas que la République française a pris, préalablement ou simultanément à l'octroi de l'avantage économique résultant du non-paiement de l'impôt sur les sociétés, la décision de procéder, par la mesure effectivement mise en œuvre, à un investissement dans EDF.
66. Il résulte de ce qui précède que, à ce stade, et sous réserve des précisions que devront apporter les autorités françaises quant aux règles applicables en matière de pré-affectation d'une ressource fiscale au profit d'un investissement en dotation au capital d'une entreprise telle qu'EDF en 1997, ainsi que d'autres éléments objectifs et vérifiables attestant de leur volonté de procéder à un investissement au moyen de la mesure fiscale en cause, l'appréciation globale des faits de l'espèce semble indiquer que cette mesure ressortit à la qualité de puissance publique de la République française, écartant par-là l'applicabilité du principe de l'investisseur privé, selon les critères indiqués par la Cour de justice de l'Union européenne.
- A titre subsidiaire, sur l'application du principe de l'investisseur privé**
67. Quand bien même le principe de l'investisseur privé serait applicable, l'application dudit principe permet de conclure à ce stade qu'un investisseur privé n'aurait pas investi EUR 888,89 millions dans l'augmentation de capital d'EDF en 1997 sans aucune visibilité sur le rendement, en l'absence même de toute quantification du retour sur capital attendu en 1997 ainsi que de toute évaluation préalable par les autorités françaises, leurs agences d'investissement ou leurs conseils externes de la rentabilité de l'investissement prétendu.
68. Il semble exclu qu'un actionnaire privé dans des circonstances normales de marché aurait investi EUR 888,89 millions dans l'augmentation de capital d'EDF ou d'une entreprise similaire en 1997 sans disposer et avoir examiné au préalable des études prospectives objectives et solides montrant, notamment les perspectives de rentabilité et les risques attachés à un tel investissement, effectuées de préférence par un tiers impartial conseiller en investissement, plutôt que, par exemple, l'entreprise bénéficiaire.
69. De tels éléments devraient montrer, notamment, d'une part, quel était le plan d'affaires d'EDF en 1997, l'analyse critique de celui-ci et les facteurs de risque identifiés en son temps par l'Etat actionnaire et, d'autre part, compte tenu du plan d'affaires, dans une perspective d'actionnaire, le rendement attendu sur les capitaux d'EUR 888,89 millions investis, l'horizon de retour sur investissement, les modalités prévisibles de rémunération de l'actionnaire soit en dividendes soit en appréciation de la valeur du capital, les facteurs de risque intrinsèque d'un tel investissement dans l'absolu et par rapport aux modalités de rémunération possibles ou prévisibles, la comparaison avec le rendement d'investissements similaires dans des entreprises comparables à EDF et/ou tout autre facteur qu'un investisseur avisé aurait examiné avant d'engager ses fonds. A cet égard, il convient de rappeler l'incertitude sur le montant et l'évolution des charges de financement des retraites auxquelles EDF devait faire face en 1997, en application de son régime spécifique, et l'évaluation que pouvait en faire un investisseur à cette époque.

70. Sur le plan matériel, attendu les critères fournis par la Cour, il convient que la date des documents fournis soit dûment établie ainsi que la preuve qu'ils ont été examinés par les ministres et fonctionnaires compétents et les assemblées du Parlement avant de prendre la décision litigieuse.
71. A défaut de ces éléments, il n'est donc pas établi à ce stade qu'un actionnaire privé aurait apporté, à des conditions similaires, un montant égal à l'impôt dû, dans une entreprise se trouvant dans une situation comparable à celle d'EDF. Dès lors, en 1997, le non-paiement par EDF d'EUR 888,89 millions d'impôt sur les sociétés apparaît non pas comme un investissement productif de la part de l'Etat actionnaire mais plutôt comme une mesure dérogatoire de nature purement fiscale susceptible d'avoir procuré un avantage économique à EDF.
72. Un tel avantage renforcerait nécessairement la position d'EDF par rapport à celle de ses concurrents, des lors que le montant de fonds propres détermine, parmi d'autres facteurs, la capacité de financement externe d'une entreprise. Il crée donc une distorsion de concurrence au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE. L'avantage serait nécessairement sélectif, puisque le non-paiement de l'impôt sur les sociétés sur une partie de ces provisions comptables constitue une exception au traitement fiscal normalement applicable à une telle opération et, en l'espèce, cette exception s'appliquait à la seule entreprise EDF.

Ressources étatiques

73. La notion d'aide recouvre non seulement des prestations positives telles que les subventions, mais également toutes les interventions des autorités publiques qui allègent les charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise et qui ont des effets identiques aux subventions⁽¹⁾. Conformément à une jurisprudence constante⁽²⁾, la non-perception par l'Etat d'un impôt qui aurait dû être perçu équivaut à la consommation d'une ressource d'Etat.
74. Cette non-perception de la totalité de l'impôt sur les sociétés dû au titre de l'exercice 1997 découle directement d'un acte étatique, la loi n° 97-1026 du 10 novembre 1997.

Affectation des échanges entre les Etats membres

75. Depuis sa création en 1946 et jusqu'à l'entrée en vigueur de la directive du Conseil 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité⁽³⁾, EDF a joui sur le marché français d'une situation de monopole avec des droits exclusifs pour le transport, la distribution ainsi que l'importation et l'exportation d'électricité.

Toutefois, EDF était déjà en concurrence avec les producteurs d'électricité des autres Etats membres avant même l'entrée en vigueur de la directive 96/92/CE. De surcroît, une libre concurrence existait sur les marchés connexes sur lesquels EDF avait déjà diversifié ses activités au-delà de ses droits exclusifs, que ce soit d'un point de vue géographique ou sectoriel. Des effets sur les échanges existaient donc bien avant la libéralisation prévue par la directive 96/92/CE.

76. L'électricité faisait l'objet entre les Etats membres d'échanges importants et croissants auxquels EDF participait activement. Ces échanges, renforcés par l'adoption de la directive 90/547/CEE du Conseil du 29 octobre 1990 relative au transit d'électricité sur les grands réseaux⁽⁴⁾, s'effectuaient sur la base d'accords commerciaux entre les différents opérateurs des réseaux d'électricité de haute tension dans les Etats membres. Dans les pays européens de l'OCDE, les importations d'électricité ont augmenté à un taux annuel moyen de plus de 7 % entre 1980 et 1990. De 1981 à 1989, EDF a multiplié l'excédent de sa balance commerciale d'électricité par 9, atteignant des exportations nettes de 42 TWh représentant 10 % de sa production totale. En 1985, EDF exportait déjà 19 TWh vers les autres Etats membres.
77. Avant même l'entrée en vigueur de la directive 96/92/CE en février 1999, certains Etats membres avaient déjà adopté unilatéralement des mesures visant à ouvrir leur marché de l'électricité. En particulier, le Royaume-Uni a ouvert son marché à 100 % pour les gros clients industriels en 1990. La Suède a ouvert le sien à 100 % en 1996, la Finlande a commencé à l'ouvrir en 1995 pour atteindre 100 % en 1997, l'Allemagne l'a ouvert à 100 % en 1998 et les Pays-Bas l'ont ouvert totalement pour les clients industriels en 1998. Dans ces conditions, avant même la date fixée par la directive pour l'ouverture à la concurrence, les aides d'Etat accordées aux entreprises disposant d'un monopole dans un Etat membre participant activement aux échanges intracommunautaires, comme c'est le cas d'EDF, étaient susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

78. Dans son rapport annuel 1997, EDF indiquait se situer « parmi les tous premiers opérateurs internationaux du secteur électrique, avec, hors de France, plus de FRF 13 milliards engagés, un parc de production dont la puissance installée représente près de 11 % de celle du parc français et plus de 8 millions de clients. » Le rapport soulignait également qu'en 1997, EDF a « multiplié et renforcé ses investissements en Europe en étendant sa présence à l'Autriche et à la Pologne » et qu'elle a « exporté plus de 70 TWh en Europe ».

79. Le contrat d'entreprise 1997 – 2000, signé le 8 avril 1997 entre l'Etat et EDF, prévoyait qu'EDF consacrerait environ FRF 14 milliards à ses investissements internationaux, les régions de l'Europe figurant parmi les priorités. Entre 2000 et 2002, EDF avait acquis un tiers du capital de l'entreprise allemande EnBW, accru les capacités de production et de distribution de sa filiale britannique London Electricity, pris le contrôle direct de l'entreprise italienne Fenice et mis en place un partenariat avec Fiat pour l'achat de Montedison (devenu Edison).

⁽¹⁾ Arrêts de la Cour Gezamenlijke Steenkolenmijnen c/ Haute Autorité, 23 février 1961, aff. 30/59, Recueil p. 3; Banco de Crédito Industrial, 15 mars 1994, aff. C-387/92, Recueil p. I-877; SFEI, 11 juillet 1996, aff. C-39/94, p. I-3547; France c/ Commission, 26 septembre 1996, aff. C-241/94, Recueil p. I-4551; arrêt du Tribunal FFSA c/ Commission, 2027 février 1997, aff. T-106/95, Recueil p. I-911.

⁽²⁾ Voir, notamment arrêt du Tribunal, Ladbroke/Commission, du 27 janvier 1998, aff. T-67/94, Recueil p. II-1, point 109.

⁽³⁾ JO L 27 du 30.1.1997, p. 20.

⁽⁴⁾ JO L 313 du 13.11.1990, p. 30.

80. En 1997, SDS, filiale détenue à 100 % par EDF, réunissait ses activités liées à la fourniture de services pour les clients individuels, les entreprises et les autorités locales. SDS exerçait son activité dans le traitement des déchets, l'éclairage de rue et d'autres services liés à l'énergie avec une contribution aux ventes équivalente à EUR 685 millions en 1998 contre EUR 650 millions en 1997. En 2000, EDF a mis au point un partenariat avec Veolia Environnement à travers la société Dalkia, qui est le leader européen des services énergétiques aux entreprises et aux collectivités. Elle propose des services d'ingénierie et de maintenance énergétiques, gère des installations thermiques et des services techniques liés au fonctionnement des bâtiments et assure l'exploitation des réseaux de chaleur, de cogénération, d'ensembles de production d'énergie et de fluides industriels.
81. EDF a également développé ses activités sur le marché des énergies renouvelables. En 1997, la société holding CHART, une filiale détenue à 100 % par EDF, réunissait ses activités dans le domaine des énergies renouvelables, telles que la géothermie et l'éolien. Sa contribution au chiffre d'affaires consolidé était alors d'EUR 70 millions.
82. Enfin, en tant que producteur et distributeur d'électricité, EDF a été et est encore en concurrence avec des fournisseurs d'autres sources d'énergie de substitution comme le charbon, le pétrole et le gaz, tant sur son marché national que sur les marchés internationaux. En France, par exemple, EDF a lancé avec succès une campagne pour encourager l'utilisation d'électricité pour le chauffage. Elle a ainsi accru sa part de marché par rapport à ses concurrents qui fournissent des sources d'énergie de substitution comme le pétrole ou le gaz. Dans le secteur de l'acier, les fours électriques sont en concurrence avec les fours à gaz et à pétrole.
83. En ce qui concerne l'affectation des échanges entre Etats membres pour le gaz, il convient de noter que la France n'ayant que de faibles réserves de gaz, celui-ci a toujours été, dans une large mesure, importé. Le marché du gaz a aussi fait l'objet d'une directive de libéralisation, la directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, adoptée en juin 1998 et qui devait être transposée dans chaque Etat membre avant août 2000. Les Etats membres devaient définir les clients éligibles ayant la possibilité de choisir leur fournisseur. La définition de ces clients éligibles devait aboutir à une ouverture immédiate du marché du gaz d'au moins 20 % de la consommation nationale annuelle de gaz, puis de 28 % en 2003.
84. Un rapport parlementaire français⁽¹⁾ indique que, selon les informations gouvernementales la consommation des clients éligibles ayant changé de fournisseur représentait au début de l'année 2002 environ 25 % de la consommation totale des clients éligibles et 5 % du marché total, et que quatre nouveaux opérateurs étaient apparus sur le marché français.
85. EDF occupait ainsi une place importante dans les échanges d'électricité entre les Etats membres en 1997 alors que, à présent, le marché de l'électricité en France est pleinement ouvert et de nombreux fournisseurs européens y sont présents. Il apparaît ainsi qu'en 1997, EDF était déjà bien implantée sur certains marchés d'autres Etats membres, et que l'aide résultant du non-paiement par EDF de l'impôt sur les sociétés sur une partie des provisions comptables créées en franchise d'impôt pour le renouvellement du RAG ne pouvait qu'affecter les échanges entre Etats membres.
86. Ainsi, dans la mesure où il remplit les quatre critères fixés à l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, le non-paiement par EDF de l'impôt sur les sociétés sur une partie des provisions comptables créées en franchise d'impôt pour le renouvellement du RAG, semble constituer une aide d'Etat. Il convient désormais d'examiner sa compatibilité au regard des règles du TFUE.

APPRÉCIATION DE COMPATIBILITÉ DE L'AIDE AVEC LE MARCHÉ INTÉRIEUR

87. L'article 107, paragraphe 1, du TFUE dispose que les aides correspondant aux critères qu'il définit sont en principe incompatibles avec le marché commun. Les exceptions à cette incompatibilité prévues à l'article 107, paragraphe 2, du TFUE ne sont pas applicables en l'espèce en raison de la nature de l'aide qui n'est pas destinée à atteindre les objectifs énumérés audit paragraphe.
88. La mesure d'aide concernée ne remplit pas non plus les conditions prévues à l'article 107, paragraphe 3, points a) et c), pour les aides destinées à favoriser le développement économique de certaines régions, d'autant plus qu'elle correspond à une aide au fonctionnement. En effet, elle n'est pas subordonnée à des investissements ou à la création d'emplois comme envisagé dans les lignes directrices concernant les aides d'Etat à finalité régionale.
89. L'article 107, paragraphe 3, point c), du TFUE prévoit également une exception pour les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun. En l'espèce, la mesure d'aide examinée n'entre pas dans le cadre de cette dérogation. Cette exception au droit fiscal applicable, qui ne bénéficie qu'à une seule entreprise, ne peut être considérée comme destinée à faciliter le développement d'une activité. Son seul objet est en effet d'aider une entreprise en réduisant ses coûts opérationnels.
90. En ce qui concerne les exceptions prévues à l'article 107, paragraphe 3, points b) et d), du TFUE, la mesure d'aide concernée en l'espèce n'est pas destinée à promouvoir la réalisation d'un projet d'intérêt commun, ni à remédier à une perturbation grave de l'économie française, ni à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine.
91. Ainsi, les critères de compatibilité énoncés à l'article 107, paragraphes 2 et 3, du TFUE ne sont pas remplis. Par ailleurs, en ce qui concerne la compensation des coûts de service public, les autorités françaises n'ont pas invoqué à

⁽¹⁾ Rapport de M. Poniatowski, fait en 2002 au nom de la commission des affaires économiques du Sénat sur le projet de loi relatif aux marchés énergétiques.

l'égard de l'avantage fiscal l'application de l'article 106, paragraphe 2, du TFUE, mais elles ont souligné le fait qu'EDF exerce des missions de service public. Les autorités françaises n'ont cependant fourni aucune évaluation du coût occasionné à EDF par ces missions. La Commission ne peut donc pas établir si l'avantage fiscal en question compense ou non l'éventuel surcoût lié à ces missions de service public qui lui sont imposées. En tout état de cause, si le non-paiement de l'impôt devait être qualifié de compensation pour la fourniture d'un service d'intérêt économique général, il n'est pas établi qu'une telle compensation ait été définie à l'avance selon des critères transparents et objectifs et calculée par rapport aux coûts d'une entreprise efficace.

92. A ce stade, l'examen du respect des conditions formulées dans l'arrêt *Altmark*, qui permettent d'échapper au champ d'application de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE ainsi que l'examen des critères d'application de l'article 106, paragraphe 2, du TFUE, que les autorités françaises n'invoquent d'ailleurs pas, ne sont donc pas possibles en l'espèce.
93. Sur la base des considérations précédentes, il apparaît à ce stade que l'aide examinée constitue une aide au fonctionnement, qui a eu pour effet de renforcer la position concurrentielle d'EDF vis-à-vis de ses concurrents. Si tel est le cas, elle serait incompatible avec le marché intérieur.
94. La Commission considère aussi que, à ce stade, que, contrairement à l'affirmation des autorités françaises, la règle de prescription ne s'applique pas en l'espèce. Certes, EDF a créé les provisions comptables en franchise d'impôt de 1987 à 1996. Cependant, il convient de remarquer, d'une part, que d'après le Conseil national de la comptabilité, les corrections d'erreur, qui, par leur nature même, portent sur la comptabilisation des opérations passées, doivent être comptabilisées dans le résultat de l'exercice au cours duquel elles sont constatées et, d'autre part, que la loi qui dispose que les droits du concédant sont reclassés en dotations en capital sans être soumis à l'impôt sur les sociétés date du 10 novembre 1997. L'avantage fiscal date donc de 1997, et la prescription ne s'applique pas à une aide nouvelle versée à cette date, car le premier acte de la Commission concernant cette mesure date du 10 juillet 2001. Par ailleurs l'article 15 du règlement (CE) n° 659/1999 exclut de la prescription la procédure au contentieux.

VI. CONCLUSIONS

Compte tenu des considérations qui précèdent, la Commission estime à ce stade que la mesure examinée constitue une aide d'Etat et doute de sa compatibilité avec le marché intérieur. Elle invite donc la République française, dans le cadre de la procé-

dure de l'article 108, paragraphe 2, du TFUE sur le fonctionnement de l'Union européenne, à présenter ses observations et à fournir toute information utile pour l'évaluation de la mesure dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de la présente. En particulier, la République française devrait fournir les éléments et informations concernant l'applicabilité et l'application du critère de l'investisseur privé indiqués par le Tribunal et la Cour de l'Union européenne repris aux considérants 33 à 38 et 58 à 70 de la présente lettre. A priori, la Commission considère que l'éventuelle confidentialité des documents, à la supposer établie, ne devrait pas faire obstacle à leur transmission à la Commission.

En effet, en ce qui concerne l'injonction du 16 octobre 2002, et les raisons arguées par les autorités françaises, la Commission constate que les documents transmis par les autorités françaises ont été largement expurgés. Il n'appartient pas à l'Etat membre mais à la Commission d'apprécier la pertinence de ces documents dans le cadre de son investigation. Par ailleurs, l'existence de secrets d'affaires invoquée par les autorités françaises ne constitue pas un motif valable pour refuser de transmettre un document à la Commission, puisque celle-ci est tenue de traiter de façon confidentielle toute information constitutive de secrets d'affaires. Il est probable que les éléments et informations nécessaires revêtent le caractère de secret commercial, sous réserve de l'examen de l'ancienneté de documents datant de plus de 15 ans à l'heure actuelle. Le refus par la République française de communiquer les éléments et informations demandés par la Commission permettra à la Commission de décider exclusivement sur la base des informations disponibles conformément à l'article 13, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 659/1999.

La Commission invite aussi vos autorités à transmettre immédiatement une copie de cette lettre au bénéficiaire potentiel de l'aide.

La Commission rappelle à la République française l'effet suspensif de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE sur le fonctionnement de l'Union européenne et se réfère à l'article 14 du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil qui prévoit que toute aide illégale pourra faire l'objet d'une récupération auprès de son bénéficiaire.

Par la présente, la Commission avise la République française qu'elle informera les intéressés par la publication de la présente lettre et d'un résumé de celle-ci au *Journal officiel de l'Union européenne*. Elle informera également les intéressés dans les pays de l'AELE signataires de l'accord EEE par la publication d'une communication dans le supplément EEE du *Journal officiel*, ainsi que l'autorité de surveillance de l'AELE en leur envoyant une copie de la présente. Tous les intéressés susmentionnés seront invités à présenter leurs observations dans un délai d'un mois à compter de la date de cette publication."