ARRÊT DU TRIBUNAL (troisième chambre)

15 décembre 2009 *

Dans l'affaire T-156/04,

Électricité de France (EDF), établie à Paris (France), représentée par Me M. Debroux, avocat,

partie requérante,

soutenue par

République française, représentée par M. G. de Bergues et Mlle A.-L. Vendrolini, en qualité d'agents,

partie intervenante,

* Langue de procédure : le français.

contre

Commission européenne, représentée par MM. J. Buendía Sierra et C. Giolito, en qualité d'agents,

partie défenderesse,

soutenue par

Iberdrola, SA, établie à Bilbao (Espagne), représentée par Mes J. Ruiz Calzado et É. Barbier de La Serre, avocats,

partie intervenante,

ayant pour objet une demande tendant à l'annulation des articles 3 et 4 de la décision de la Commission relative à des mesures d'aide en faveur d'EDF et du secteur des industries électriques et gazières (C 68/2002, N 504/2003 et C 25/2003), adoptée le 16 décembre 2003,

LE TRIBUNAL (troisième chambre),

composé de M. J. Azizi, président, Mme E. Cremona et M. S. Frimodt Nielsen (rapporteur), juges,

greffier : Mme C. Kristensen, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 25 novembre 2008,

rend le présent

Arrêt

Cadre juridique

Règles du traité CE

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

2 Aux termes de l'article 88, paragraphes 1 et 2, CE :

« 1. La Commission procède avec les États membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans ces États. Elle propose à ceux-ci les mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché commun.

2. Si, après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations, la Commission constate qu'une aide accordée par un État ou au moyen de ressources d'État n'est pas compatible avec le marché commun aux termes de l'article 87, ou que cette aide est appliquée de façon abusive, elle décide que l'État intéressé doit la supprimer ou la modifier dans le délai qu'elle détermine. »

Règlement (CE) nº 659/1999

3 L'article 1er, sous b), du règlement (CE) nº 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article [88 CE] (JO L 83, p. 1), dispose :

« […] on entend par […] 'aide existante' :

i) […] toute aide existant avant l'entrée en vigueur du traité dans l'État membre concerné, c'est-à-dire les régimes d'aides et aides individuelles mis à exécution avant, et toujours applicables après, ladite entrée en vigueur ;

[…]

v) toute aide qui est réputée existante parce qu'il peut être établi qu'elle ne constituait pas une aide au moment de sa mise en vigueur, mais qui est devenue une aide par la suite en raison de l'évolution du marché commun et sans avoir été modifiée par l'État membre. Les mesures qui deviennent une aide suite à la libéralisation d'une activité par le droit communautaire ne sont pas considérées comme une aide existante après la date fixée pour la libéralisation ; »

4 L'article 15, paragraphe 1, du règlement nº 659/1999 prévoit que les pouvoirs de la Commission européenne en matière de récupération d'aide sont soumis à un délai de prescription de dix ans.

5 Aux termes de l'article 15, paragraphe 2, du règlement nº 659/1999, le délai de prescription commence le jour où l'aide illégale est accordée au bénéficiaire.

6 L'article 20, paragraphe 1, première phrase, du règlement nº 659/1999 dispose que toute partie intéressée peut présenter des observations conformément à l'article 6 dudit règlement à la suite d'une décision de la Commission d'ouvrir la procédure formelle d'examen.

Droit français applicable

7 L'article 38, paragraphe 2, du code général des impôts dispose :

« Le bénéfice net est constitué par la différence entre les valeurs de l'actif net à la clôture et à l'ouverture de la période dont les résultats doivent servir de base à l'impôt diminuée des suppléments d'apport et augmentée des prélèvements effectués au cours de cette période par l'exploitant ou par les associés. L'actif net s'entend de l'excédent des valeurs d'actif sur le total formé au passif par les créances des tiers, les amortissements et les provisions justifiés. »

8 L'article 4, paragraphes I et II, de la loi n° 97-1026, du 10 novembre 1997, portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier (JORF du 11 novembre 1997, p. 16387), dispose :

« I. Les ouvrages du réseau d'alimentation générale en énergie électrique sont réputés constituer la propriété d'Électricité de France depuis que la concession de ce réseau lui a été accordée.

II. Pour l'application des dispositions du [paragraphe] I, au 1er janvier 1997, la contre-valeur des biens en nature mis en concession du réseau d'alimentation générale figurant au passif d'Électricité de France est inscrite, nette des écarts de réévaluation correspondants, au poste 'Dotations en capital'. »

Faits à l'origine du litige

Contexte général de l'affaire

9 La requérante, Électricité de France (EDF), produit, transporte et distribue de l'électricité, notamment sur l'ensemble du territoire français.

10 Au moment de l'adoption de la décision d'ouvrir la procédure prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE, en 2002, EDF était entièrement détenue par l'État, le Premier ministre français en nommait le président et sa politique était déterminée en étroite coopération avec le ministère de l'Énergie français.

11 EDF a été établie par la loi française nº 46-628, du 8 avril 1946, sur la nationalisation de l'électricité et du gaz (JORF du 9 avril 1946, p. 2651), qui a nationalisé le secteur de l'électricité en France. Elle a été créée avec le statut d'établissement public à caractère industriel et commercial.

12 L'article 36 de la loi nº 46-628 a établi le principe du transfert à EDF des concessions d'électricité nationalisées, à charge pour le concessionnaire de respecter les nouveaux cahiers des charges types dont l'établissement était prévu à l'article 37 de ladite loi.

13 Les différentes concessions de transport d'électricité accordées par l'État ont été unifiées en 1958 en une concession unique, dite du « réseau d'alimentation générale » (ci-après le « RAG »), dont le cahier des charges a été approuvé par le décret nº 56-1225, du 28 novembre 1956 (JORF du 4 décembre 1956, p. 11562).

14 L'article 2 de ce cahier des charges détaille les biens qui font partie de la concession (lignes, postes, etc.) et l'article 8 de celui-ci précise qu'EDF est tenue d'exécuter « à ses frais tous les travaux d'entretien et de renouvellement nécessaires au maintien des ouvrages de la concession en bon état de fonctionnement ».

15 À la suite d'une modification intervenue par le décret du 23 décembre 1994 (JORF du 28 décembre 1994, p. 18564), l'article 2 de ce cahier des charges est rédigé comme suit :

« Font partie de la concession les lignes, postes et, d'une façon générale, les ouvrages électriques existants et à construire, nécessaires à l'exercice, par le concessionnaire, de son activité de transport et de fourniture de l'énergie électrique, à l'exclusion des ouvrages de production.

[…] »

16 Le RAG se distinguait cependant, dans le passé, d'autres formes de concessions, notamment en ce que, premièrement, il ne précisait pas le régime de propriété des biens en concession, deuxièmement, il ne contenait pas de clause de système de rétrocession des biens concédés et, troisièmement, il était d'une durée exceptionnellement longue de 75 ans.

17 En l'absence de règles comptables spécifiques aux concessions et en accord avec le Conseil national de la comptabilité (CNC), EDF s'est considérée, à partir de 1946, comme propriétaire du RAG.

18 Les biens faisant partie du RAG ont, dès lors, été inscrits en tant que biens propres d'EDF à l'actif de son bilan et ont fait l'objet d'un traitement comptable de droit commun, l'amortissement ayant été effectué par application de la « méthode du coût historique », qui a conduit à un amortissement linéaire sur toute la durée de vie des ouvrages, et ce jusqu'en 1986.

19 L'application à EDF du plan comptable général de 1982, qui comportait des règles comptables spécifiques aux concessions, a conduit, à partir de 1987, à modifier le traitement comptable du RAG, afin de prendre en compte les recommandations formulées en 1975 par le CNC dans son « Guide des concessions ».

20 Il s'agissait de tenir compte des contraintes spécifiques auxquelles doivent faire face les concessionnaires, sur lesquels pèse une obligation de restitution des biens concédés en bon état de fonctionnement à la fin de la concession, en vertu du « principe de pérennité des services publics ».

21 Outre qu'il prévoyait l'obligation pour le concessionnaire d'enregistrer sous une rubrique spécifique à l'actif de son bilan les immobilisations mises en concession, le plan comptable général de 1982 énonçait le principe suivant :

« Le maintien au niveau exigé par le service public du potentiel productif des installations concédées doit être recherché par le jeu des amortissements ou, éventuellement, celui des provisions adéquates. Dans la mesure où la valeur utile d'une installation peut être conservée par un entretien convenable, ladite installation ne fait pas l'objet, au niveau des charges d'exploitation du concessionnaire, de dotations aux amortissements pour dépréciation. Les provisions utilisables pour viser au maintien du potentiel productif sont des provisions pour renouvellement. »

22 En application du plan comptable général de 1982, un plan comptable propre à EDF a été établi. Ce plan comptable a fait l'objet d'un avis conforme du CNC le 19 décembre 1984 et a, ensuite, été approuvé par l'arrêté interministériel du 21 décembre 1986 (JORF du 30 décembre 1986, p. 15794).

23 En application du plan comptable particulier d'EDF, le RAG a été inscrit à l'actif du bilan d'EDF au poste intitulé « Immobilisations corporelles du domaine concédé ».

24 Des provisions spécifiques au titre du renouvellement des immobilisations concédées sont venues s'ajouter à l'amortissement linéaire résultant de l'application de la « méthode du coût historique », provisions destinées à permettre au concessionnaire de remettre au concédant ces biens en parfait état à la fin de la concession.

25 Des provisions pour renouvellement ont été constituées entre 1987 et 1996.

26 Les dépenses de renouvellement effectuées par EDF ont été enregistrées au bilan au poste intitulé « Contre-valeur des biens en concession ».

27 Ce poste, également appelé « Droits du concédant », représentait une dette d'EDF à l'égard de l'État français, liée à la remise gratuite des biens remplacés à la fin de la concession.

28 Dans un rapport de 1994, la Cour des comptes française a toutefois considéré ce qui suit :

« Les principes comptables dérogatoires du droit commun trouvent leur fondement dans l'existence d'un véritable terme au contrat de concession qui, seul, permet de faire la différence entre immobilisations renouvelables et immobilisations non renouvelables. La prise en compte de ce terme constitue la raison d'être du mécanisme comptable. Elle conditionne la possibilité de remise des immobilisations du domaine concédé à l'autorité concédante et justifie l'existence des droits du concédant au passif du bilan. Elle fonde l'existence et la déductibilité de la provision pour renouvellement, qui permet de constater la charge que constitue pour le concessionnaire la remise au concédant de la dernière immobilisation devenue non renouvelable […]

En présence d'un établissement public concessionnaire permanent de l'État en raison de la loi de nationalisation elle-même, on ne peut que s'interroger sur la réalité de la distinction opérée dans les comptes entre patrimoine de la concession et patrimoine du concessionnaire, et souligner que l'absence de terme à la concession n'autorise pas l'application des recommandations du guide comptable des entreprises concessionnaires. »

29 La Cour des comptes française relevait également le caractère irrégulier de l'allègement fiscal dont avait bénéficié EDF à la suite de la création irrégulière des provisions pour renouvellement du RAG.

30 L'État français a, dès lors, entrepris de procéder à une clarification du statut patrimonial du RAG ainsi qu'à une restructuration du bilan d'EDF.

31 Le contrat d'entreprise « État-EDF 1997-2000 », signé le 8 avril 1997, prévoyait une normalisation des comptes de l'entreprise et de ses relations financières avec l'État,

dans la perspective de l'ouverture du marché de l'électricité prévue par la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 décembre 1996, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (JO 1997, L 27, p. 20) :

« Le marché de l'électricité est […] en pleine mutation. Au sein de l'Union européenne, des règles de fonctionnement du marché intérieur de l'électricité viennent d'être définies […]

Enfin, les engagements de ce contrat viseront également à stabiliser les relations financières entre l'État et EDF et à clarifier l'exercice de la tutelle de l'État sur EDF en garantissant l'autonomie de l'entreprise dans le cadre d'un projet partagé […]

Le bilan d'EDF sera restructuré, dans le double but de renforcer la situation nette de l'entreprise et de stabiliser la relation financière entre l'État et l'entreprise sur des bases proches du droit commun. Une mesure législative sera soumise au Parlement en 1997, de sorte que la date d'effet de cette restructuration soit le 1er janvier 1997. »

32 C'est dans cette perspective qu'a été adoptée la loi nº 97-1026.

33 Avant l'adoption de cette loi, le bilan d'EDF se présentait de la manière suivante :

— à l'actif, un poste intitulé « Immobilisations corporelles du domaine concédé » à hauteur de 285,7 milliards de francs français (FRF), dont environ 90 milliards de FRF au titre du RAG ;

— au passif, un poste intitulé « Provisions » dont environ 38,5 milliards de FRF au titre du RAG, ainsi qu'un poste intitulé « Contre-valeur des biens mis en concession » enregistrant les dépenses de renouvellement réalisées. Ce poste s'élevait à 145,2 milliards de FRF, dont 18,3 milliards au titre du RAG.

34 À la suite de l'adoption de la loi nº 97-1026 et en application de son article 4, il a été décidé ce qui suit :

— premièrement, les biens constituant le RAG ont été reclassés, pour 90,325 milliards de FRF, en « biens propres » et ont ainsi perdu la qualification de « biens mis en concession » ;

— deuxièmement, les provisions pour renouvellement du RAG non utilisées, pour un montant de 38,521 milliards de FRF, ont été comptabilisées en tant que bénéfice non distribué sans transiter par le compte de profits et pertes et ont été reclassées à hauteur de 20,225 milliards de FRF en report à nouveau des pertes, ce compte s'étant ainsi trouvé apuré et le solde de 18,296 milliards de FRF ayant été affecté aux réserves. Bien que n'ayant pas transité par le compte de résultats, ces reclassements ont donné lieu à la constatation d'un produit imposable, imposé au taux de 41,66 %, en application de l'article 38, paragraphe 2, du code général des impôts ;

— troisièmement, les « droits du concédant » ont été affectés directement au poste de dotations en capital pour un montant de 14,119 milliards de FRF (sur un total de 18,345 milliards de FRF) sans transiter par le compte de résultat, le solde étant inscrit dans divers comptes de réévaluation.

35 Cette restructuration du haut bilan d'EDF est expliquée à l'annexe 1 de la lettre du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, du secrétaire d'État au Budget et du secrétaire d'État à l'Industrie français adressée à EDF le 22 décembre 1997.

Procédure administrative

36 Par lettres des 10 juillet et 27 novembre 2001, la Commission a invité les autorités françaises à lui fournir certaines informations concernant plusieurs mesures prises à l'égard d'EDF et susceptibles de comporter des éléments d'aides d'État.

37 Les autorités françaises ont communiqué un certain nombre d'informations à la Commission par lettres des 12 octobre 2001 et 21 février 2002. Par lettre du 9 avril 2002, elles ont apporté des précisions, contenues dans une note de la direction générale des impôts du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie français (ci-après la « direction générale des impôts »), dans laquelle il était notamment indiqué ce qui suit :

« L'argumentation selon laquelle le retraitement comptable et fiscal des provisions pour renouvellement afférentes au [RAG] opéré en 1997 aurait permis la consolidation d'un avantage fiscal injustifié ne peut être retenue. Il convient à cet égard de distinguer le retraitement des provisions pour renouvellement utilisées qui figuraient, selon les informations fournies par EDF, au poste '[D]roits du concédant' pour un montant de 14,119 [milliards de FRF] et non de 18,345 [milliards de FRF], de celui des provisions non encore utilisées d'un montant de 38,5 [milliards de FRF].

Les droits du concédant afférents au RAG représentent une dette indue que l'incorporation au capital a libérée d'impôt de manière injustifiée.

Ces provisions ont été incorporées au capital sans incidence fiscale, le RAG ne relevant pas du régime fiscal et comptable des concessions. Le RAG étant constitué de biens propres, EDF n'était tenue à l'égard de l'État d'aucune dette de restitution de ces biens, de sorte que les montants correspondants figurant au poste '[D]roits du concédant' constituent non un passif réel, mais une réserve non libérée d'impôt. Dans ces conditions, 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, [paragraphe 2], déjà cité.

L'avantage en impôts ainsi obtenu peut être évalué à 5,88 [milliards de FRF] (14,119 x 41,66 %).

Parallèlement, il convient d'observer que la régularisation réalisée par affectation directe dans le compte 'report à nouveau' sans transiter par le compte de résultat a néanmoins donné lieu à la constatation d'un produit imposable de 38,5 milliards de FRF (5,869 milliards d'euros), en application de l'article 38, paragraphe 2, du code général des impôts. Il en résulte que l'avantage fiscal résultant de la déduction, lors de leur constitution, des provisions non utilisées a effectivement été neutralisé.

[…]

Il en résulte que, si le reclassement au capital des provisions pour renouvellement déjà utilisées et figurant au poste '[D]roits du concédant' devait, en tout état de cause, transiter par le résultat fiscal, cela a été plus que largement compensé, au titre de la même année, par la réintégration des provisions pour renouvellement non utilisées.

Dès lors qu'une approche globale des opérations ne met pas en évidence un avantage injustifié, les retraitements de nature comptable et fiscale opérés en 1997 ne sont pas

constitutifs pour EDF d'une aide susceptible de renforcer indûment sa position concurrentielle. »

38 Par lettre du 6 mai 2002, la Commission a indiqué que certaines informations étaient toujours manquantes, en dépit de ses demandes antérieures, et elle a, en outre, demandé des éclaircissements sur les dernières informations qui lui avaient été soumises.

39 Par lettre du 28 juin 2002, les autorités françaises ont transmis certains renseignements complémentaires et une réunion s'est tenue le 3 septembre 2002.

40 La Commission a notifié aux autorités françaises trois décisions conjointes au sujet d'EDF, par lettre du 16 octobre 2002, publiée au *Journal officiel des Communautés européennes* le 16 novembre 2002 (JO C 280, p. 8) dans la langue faisant foi (le français), précédée d'un résumé dans les autres langues officielles.

41 D'une part, la Commission a proposé aux autorités françaises, conformément à l'article 88, paragraphe 1, CE, la suppression, à titre de mesure utile, de la garantie illimitée de l'État dont bénéficiait EDF sur tous ses engagements en vertu de son statut d'établissement public à caractère industriel et commercial, qui exclut toute application de la législation relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises en difficulté. D'autre part, conformément à l'article 88, paragraphe 2, CE, la Commission a ouvert la procédure formelle d'examen sur l'avantage résultant du non-paiement par EDF de l'impôt sur les sociétés dû sur la partie des provisions comptables créées en franchise d'impôts pour le renouvellement du RAG (ci-après la « décision d'ouverture »). Enfin, elle a enjoint aux autorités françaises de fournir certaines informations nécessaires à l'examen de cet avantage fiscal.

42 Les autorités françaises ont communiqué leurs observations à la Commission par lettre du 11 décembre 2002, dans laquelle elles ont contesté qu'EDF ait bénéficié d'un avantage fiscal en 1997.

43 Une réunion technique s'est tenue le 12 février 2003 au sujet de l'avantage fiscal dont aurait bénéficié EDF en 1997, à laquelle ont participé la Commission et les autorités françaises.

44 Par lettre du 12 juin 2003, les autorités françaises ont transmis à la Commission leurs observations dans le cadre de la procédure formelle d'examen.

45 Le 17 novembre 2003, une nouvelle réunion technique a été organisée entre la Commission, les autorités françaises et les représentants d'EDF au sujet de l'avantage fiscal dont aurait bénéficié EDF en 1997. Les autorités françaises ont adressé des informations complémentaires sur cette question par lettre du 20 novembre 2003.

46 Le 16 décembre 2003, la Commission a adopté la décision relative à des mesures d'aide en faveur d'EDF et du secteur des industries électriques et gazières (C 68/2002, N 504/2003 et C 25/2003) (ci-après la « décision attaquée »).

Décision attaquée

47 La décision attaquée porte, respectivement, sur un régime de « garantie illimitée » accordée par la République française à EDF, sur certains aspects du régime des retraites de la branche des industries électriques et gazières et sur le non-paiement par EDF, en

1997, de l'impôt sur les sociétés sur la partie des provisions créées en franchise d'impôt pour le renouvellement du RAG.

48 L'article 3 de la décision attaquée dispose :

« Le non-paiement par EDF, en 1997, de l'impôt sur les sociétés sur la partie des provisions créées en franchise d'impôt pour le renouvellement du RAG, correspondant aux 14,119 milliards de [FRF] de droits du concédant reclassés en dotations en capital, constitue une aide d'État incompatible avec le marché commun.

L'élément d'aide impliqué dans le non-paiement de l'impôt sur les sociétés s'élève à 888,89 millions d'euros. »

49 L'article 4 de la décision attaquée prévoit :

« La France prend toutes les mesures nécessaires pour récupérer auprès d'EDF l'aide visée à l'article 3 et déjà illégalement mise à sa disposition.

La récupération a lieu sans délai conformément aux procédures du droit national, pour autant qu'elles permettent l'exécution immédiate et effective de la présente décision. L'aide à récupérer inclut des intérêts à partir de la date à laquelle elle a été mise à la disposition d'EDF, jusqu'à la date de sa récupération effective. 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 et sur une base composée conformément à la

communication de la Commission sur les taux d'intérêt applicables en cas de récupération d'aides illégales. »

50 Concernant l'avantage fiscal dont aurait bénéficié EDF en 1997, la Commission a considéré ce qui suit :

« 84. La loi [nº 97-1026] 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.

85. 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 Commission considère que la 'clarification' sur la propriété du RAG, effectuée par la loi [nº 97-1026], ne contient pas en soi d'élément d'aide d'État.

86. Il faut désormais examiner si la loi [nº 97-1026] a tiré toutes les conséquences fiscales de cette 'clarification' et si, dans l'hypothèse où tel ne serait pas le cas, il n'y a pas eu d'avantage de nature fiscale en faveur d'EDF.

87. Pendant la période 1987-1996, EDF a créé des provisions en franchise d'impôt pour le renouvellement du RAG. Suite à la loi de [nº 97-1026] 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.

88. La lettre du ministre de l'Économie, 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.

89. En revanche, conformément à l'article 4 de la loi [97-1026], 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 14,119 milliards de FRF sans être soumise à l'impôt sur les sociétés. Les autorités françaises reconnaissent elles-mêmes le caractère illégal de cette opération. 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 888,89 millions d'euros.

90. La Commission constate, d'une part, que, conformément à l'avis du [CNC], 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 38,5 milliards de FRF ont été soumises à l'impôt sur les sociétés au taux de 41,66 % en 1997, la Commission considère qu'il n'existe aucune raison objective de ne pas avoir imposé l'autre partie des provisions créées en franchise d'impôt au même taux.

91. La Commission considère que 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 14,119 milliards de FRF de droits du concédant auraient dû être additionnés aux 38,5 milliards de FRF 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 888,89 millions d'euros.

92. La Commission considère que l'aide est bien versée en 1997, car le montant de 14,119 milliards de FRF était à cette date une dette envers l'État, enregistrée au bilan comme droits du concédant, que l'État a abandonnée par la loi [n° 97-1026].

93. 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. La Commission considère que cet argument n'est pas pertinent, dès lors que l'avantage fiscal date de 1997 et non des années antérieures. En outre, la Commission note que, en l'absence de ces dotations en provisions, les reports fiscaux déficitaires auraient progressivement disparu de 1987 à 1996 et donc que, en 1997, le montant de l'impôt dû par EDF aurait été nettement supérieur.

94. 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. La Commission ne peut que rejeter cet argument. Comme elle vient de le démontrer et 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.

95. Les autorités françaises prétendent par ailleurs 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. Elles affirment également que sur la période 1987-1996, EDF a globalement versé à l'État 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.

96. La Commission ne peut que rejeter ces arguments en rappelant que le principe de l'investisseur privé ne peut jouer que dans le cadre de l'exercice d'activités économiques et non dans le cadre de l'exercice de pouvoirs de régulation. Une autorité publique ne peut pas utiliser l'argument des éventuels bénéfices économiques qu'elle pourrait retirer en tant que propriétaire d'une entreprise pour justifier une aide octroyée de manière discrétionnaire à travers les prérogatives dont elle dispose en tant qu'autorité fiscale vis-à-vis de cette même entreprise.

97. En effet, si un État membre peut, en plus de l'exercice de sa fonction de puissance publique, agir comme un actionnaire, il ne peut pas mélanger ses fonctions d'État exerçant la puissance publique et d'État actionnaire. Autoriser les États membres à utiliser leurs prérogatives de puissance publique au service de leurs investissements dans des entreprises actives sur des marchés ouverts à la concurrence priverait de tout effet utile les règles communautaires en matière d'aides d'État. En outre, si, en vertu de son article 295, le traité est neutre à l'égard de la propriété du capital, il n'en reste pas moins que les entreprises publiques doivent être soumises aux mêmes règles que les entreprises privées. Or, il n'y aurait plus d'égalité de traitement entre les entreprises publiques et les entreprises privées si l'État utilisait au profit des entreprises dont il est actionnaire ses prérogatives de puissance publique.

98. Les autorités françaises 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 et non de 1997. Comme indiqué précédemment, la Commission remarque, d'une part, que le [CNC] 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 [nº 97-1026], 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 applicable au cours de cet exercice. D'autre part, la Commission constate que 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.

99. Le non-paiement par EDF, en 1997, de 888,89 millions d'euros d'impôt constitue donc un avantage pour le groupe. 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. L'avantage est 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. Le fait que l'avantage ait été concédé à EDF par un acte législatif spécifique, la loi [nº 97-1026], atteste son caractère unique et exorbitant.

[…]

154. Sur la base des considérations précédentes, la Commission considère donc 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. Elle est donc incompatible avec le marché commun.

155. La Commission considère enfin 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 [CNC], 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. »

51 Eu égard aux intérêts calculés en application de l'article 4 de la décision attaquée, le montant total dont la restitution a été demandée à EDF s'est élevé à 1,217 milliard d'euros. EDF a remboursé cette somme à l'État français.

Procédure et conclusions des parties

52 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 27 avril 2004, EDF a introduit le présent recours.

53 Par acte déposé au greffe du Tribunal le 17 août 2004, la République française a demandé à intervenir au soutien des conclusions d'EDF. Par ordonnance du 20 septembre 2004, le président de la troisième chambre du Tribunal a admis cette intervention. La République française a déposé son mémoire dans les délais impartis.

54 Par lettre du 18 février 2005, la Commission a demandé au Tribunal d'adopter une mesure d'organisation de la procédure visant à ce qu'un rapport intitulé « Rapport Oxera », annexé par EDF à ses observations sur le mémoire en intervention de la

République française, soit retiré du dossier au motif qu'il s'agirait d'un élément de preuve nouveau qui serait irrecevable à ce stade de la procédure.

55 Par lettre du 25 avril 2005, EDF a demandé au Tribunal d'adopter une mesure d'organisation de la procédure visant à inviter la Commission à se prononcer sur le contenu dudit rapport. La Commission a présenté ses observations sur cette demande par lettre du 7 juin 2005.

56 Le Tribunal (troisième chambre) a invité les parties à répondre par écrit à des questions qui leur ont été notifiées par le greffe le 12 juin 2006. Les parties ont déféré à cette demande dans le délai imparti.

57 Par acte enregistré au greffe du Tribunal le 3 mars 2008, Iberdrola, SA a demandé à intervenir dans cette affaire au soutien des conclusions de la Commission.

58 La demande d'intervention ayant été présentée après l'expiration du délai de six semaines visé à l'article 115, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal, par ordonnance du 5 juin 2008, Iberdrola a été admise à intervenir au soutien des conclusions de la Commission et à présenter ses observations lors de la procédure orale.

59 Le Tribunal (troisième chambre) a invité les parties à répondre par écrit à de nouvelles questions qui leur ont été notifiées par le greffe le 14 mai 2008. Les parties ont déféré à cette demande dans le délai imparti.

60 Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions posées par le Tribunal à l'audience du 25 novembre 2008.

61 EDF, soutenue par la République française, conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

— annuler les articles 3 et 4 de la décision attaquée ;

— condamner la Commission aux dépens.

62 La Commission, soutenue par Iberdrola, conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

— rejeter le recours comme non fondé ;

— condamner EDF aux dépens.

63 Dans ses observations sur le mémoire en intervention de la République française, la Commission a également conclu à ce qu'il plaise au Tribunal de condamner la République française aux dépens.

En droit

64 À titre principal, EDF soulève, en substance, trois moyens.

65 Par son premier moyen, d'une part, EDF fait valoir que la Commission a méconnu les dispositions de l'article 20 du règlement nº 659/1999 en ne lui permettant pas de soumettre des observations utiles sur l'« inversion d'analyse » intervenue entre la décision d'ouverture et la décision attaquée.

66 D'autre part, EDF soutient que le fait de ne pas l'avoir informée, en cours de procédure, d'un « changement fondamental d'analyse » constitue une violation de ses « droits de la défense ».

67 Par son deuxième moyen, EDF fait valoir, en substance, que la Commission a commis plusieurs erreurs de droit dans l'interprétation de la notion d'« aide d'État » et que la décision attaquée comporte, en outre, plusieurs lacunes en termes de motivation.

68 En premier lieu, la « sous-compensation » des coûts de service public supportés par EDF, qui se seraient accrus très significativement à partir de 1997, annulerait tout « avantage hypothétique » dont elle aurait pu bénéficier.

69 En deuxième lieu, les mesures en cause auraient dû être qualifiées de dotation en capital et s'analyser dans un contexte global de clarification des relations financières entre l'État et EDF. En mettant ces mesures en œuvre, l'État se serait comporté comme un investisseur privé avisé en économie de marché.

70 En troisième lieu, la Commission aurait dû prendre en compte le contexte global de la restructuration des relations financières entre l'État et EDF en 1997, pour conclure à l'absence d'avantage global consenti à EDF.

71 En quatrième lieu, les mesures en cause n'auraient pas affecté les échanges entre les États membres.

72 Par son troisième moyen, EDF fait valoir que la Commission a violé l'obligation de motivation en ne motivant pas sa décision d'écarter l'argument qualifiant d'opération de recapitalisation les mesures en cause.

73 EDF avance en outre que la Commission aurait donné une interprétation erronée des aspects fiscaux de l'opération mise en œuvre en 1997.

74 EDF soulève, en outre, deux moyens à titre subsidiaire.

75 Par son premier moyen présenté à titre subsidiaire, EDF allègue que les mesures en cause — à supposer qu'elles puissent être qualifiées d'aides — doivent, pour la plupart, être considérées comme étant des aides existantes, en application de l'article 1er, sous b), v), du règlement nº 659/1999, en ce qu'elles ont été mises en œuvre avant la libéralisation effective du secteur de l'électricité. Par ailleurs, pour la majeure partie d'entre elles, elles devraient être considérées comme des aides existantes au sens de l'article 15, paragraphe 1, du règlement nº 659/1999, relatif à la prescription.

76 Par son deuxième moyen présenté à titre subsidiaire, EDF soutient que, en tout état de cause, la décision attaquée comporte plusieurs erreurs de calcul qui entachent la validité de celle-ci.

77 La République française intervient au soutien, premièrement, de la branche du deuxième moyen qui a trait à l'inapplication du critère de l'investisseur privé par la Commission, deuxièmement, du troisième moyen tiré de la violation de l'obligation de motivation et, troisièmement, des moyens présentés à titre subsidiaire par EDF.

Sur le premier moyen, tiré, d'une part, de la violation de l'article 20 du règlement nº 659/1999 et, d'autre part, de la violation des droits de la défense

Arguments des parties

78 Dans le cadre de la première branche de son premier moyen, EDF soutient que, dans la décision attaquée, la Commission a adopté une position radicalement différente de celle qu'elle avait prise dans la décision d'ouverture en ce qui concerne plus particulièrement la qualification des mesures en cause.

79 EDF soutient que, aux termes de la décision d'ouverture, l'élément d'aide allégué résulte de la création des provisions pour le renouvellement du RAG pendant la période allant de 1987 à 1996, ces provisions étant supposées avoir fourni chaque année à EDF un avantage fiscal indu au cours de cette période, avantage qui aurait été partiellement annulé par les ajustements et les reclassements comptables effectués en 1997. EDF se réfère, à cet égard, aux paragraphes 45, 49, 52, 56 et 84 de la décision d'ouverture.

80 EDF estime qu'il résulte clairement des paragraphes 45 et 49 de la décision d'ouverture que les dispositions de la loi nº 97-1026 sont analysées par la Commission comme ayant diminué les avantages obtenus antérieurement et non comme ayant constitué lesdits avantages.

81 Elle considère, en outre, que ce n'est que par le recours à la notion de « consolidation des aides antérieures » — notion qui serait, au demeurant, inédite et étrangère au règlement nº 659/1999 — que la Commission a semblé vouloir rattacher artificiellement à la seule année 1997 les avantages allégués, dont elle soutenait, par ailleurs, qu'ils avaient été obtenus pendant la période 1987-1996. EDF fait plus particulièrement référence, à cet égard, au paragraphe 71 de la décision d'ouverture.

82 EDF soutient que, dans la décision attaquée, la Commission a modifié sa position, en considérant que les dispositions de la loi nº 97-1026, qu'elle avait, jusqu'alors, présentées comme ayant réduit le montant des avantages obtenus par elle, étaient en réalité l'élément constitutif de l'aide alléguée. EDF s'appuie, à cet égard, sur les termes de l'article 3 de la décision attaquée.

83 EDF considère, en outre, que ce changement d'analyse a eu une influence sur la qualification d'aide nouvelle des mesures en cause et sur le refus de prendre en considération le fait qu'il s'agissait, le cas échéant, d'aides existantes.

84 EDF soutient que, une fois l'ouverture de la procédure d'examen décidée, la Commission a l'obligation de mettre l'État, ainsi que les tiers intéressés, en mesure de présenter leurs observations.

85 EDF reconnaît que, en l'état actuel de la jurisprudence — elle se réfère à cet égard à l'arrêt du Tribunal du 14 décembre 2000, UFEX e.a./Commission (T-613/97, Rec. p. II-4055) — le but de cette phase de la procédure consiste moins à sauvegarder les

« droits de la défense » de ceux-ci qu'à permettre à la Commission de recueillir les éléments utiles à son analyse.

86 EDF rappelle que le considérant 8 du règlement nº 659/1999 indique toutefois que, « dans tous les cas où la Commission, à l'issue de son examen préliminaire, ne peut conclure à la compatibilité d'une aide avec le marché commun, la procédure formelle d'examen doit être ouverte, afin de permettre à la Commission de recueillir toutes les informations dont elle a besoin pour évaluer la compatibilité de l'aide, et aux parties intéressées de présenter leurs observations ; que la procédure formelle d'examen prévue à l'article [88], paragraphe 2, [CE] offre le meilleur moyen de garantir les droits des parties intéressées ».

87 S'appuyant en particulier sur la dernière phrase de ce considérant, EDF estime que les tiers intéressés ont des droits que la procédure formelle d'examen vise à garantir. Ces droits consisteraient en la possibilité de fournir à la Commission toutes les informations permettant à cette dernière de mener son analyse à bien.

88 Par conséquent, dans la mesure où la décision d'ouvrir une procédure formelle est de nature à affecter la situation juridique du bénéficiaire de l'aide et à lui faire grief (arrêt du Tribunal du 30 avril 2002, Government of Gibraltar/Commission, T-195/01 et T-207/01, Rec. p. II-2309, point 85), EDF aurait dû être mise en mesure, tout au long de la procédure administrative, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits, ainsi que sur les griefs et les circonstances allégués par la Commission (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 29 juin 1994, Fiskano/Commission, C-135/92, Rec. p. I-2885, point 40, et du Tribunal du 30 mars 2000, Kish Glass/Commission, T-65/96, Rec. p. II-1885, point 32), et ce d'autant plus que le montant des sommes en jeu était considérable et qu'il n'y avait qu'un seul bénéficiaire concerné.

89 EDF allègue que, la Commission n'ayant pas informé les tiers intéressés du « changement fondamental » intervenu dans son analyse, elle n'a été en mesure ni d'apprécier l'ampleur de l'impact financier de la décision attaquée, ni de lui fournir des informations utiles à une compréhension correcte de la situation.

90 Or, selon EDF, dès lors que les droits des tiers intéressés sont limités, il convient d'en assurer un respect « particulièrement vigilant » et il faut, par conséquent, que le seul droit qui leur est reconnu — qui est de pouvoir communiquer des documents et des informations utiles à la Commission — puisse, à tout le moins, s'exercer en pleine connaissance de l'analyse menée par la Commission, sous peine d'être vidé de sa substance.

91 Selon EDF, tel n'a pas été le cas en l'espèce, celle-ci n'ayant pas été informée du changement d'analyse opéré par la Commission et n'ayant, dès lors, pu fournir les informations et éléments utiles qui auraient pu, par exemple, conduire la Commission à ne pas abandonner son analyse initiale, laquelle aurait pu aboutir à conférer la qualité d'aides existantes à la plupart des mesures en cause.

92 Dès lors, la Commission aurait violé l'article 20 du règlement nº 659/1999.

93 Dans le cadre de la seconde branche de son premier moyen, EDF invite le Tribunal à s'interroger sur la « rigueur de la jurisprudence actuelle » en matière de « droits de la défense des tiers intéressés » — et, tout particulièrement, du bénéficiaire de l'aide alléguée — dans le cadre des procédures en matière d'aides d'État.

94 EDF rappelle que, dans son arrêt du 21 mars 1990, Belgique/Commission, dit « Tubemeuse » (C-142/87, Rec. p. I-959), la Cour a jugé que 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 (point 46 de l'arrêt).

95 Dans le domaine des aides d'État, seuls les États membres pourraient se voir reconnaître de « véritables droits de la défense » au sens de cette jurisprudence, puisque la procédure est ouverte à leur égard et non à l'encontre des tiers bénéficiaires.

96 Or, selon EDF, une telle approche est, en substance, difficilement conciliable avec le fait que ce sont les tiers bénéficiaires qui sont visés par une injonction de remboursement, l'État membre étant, au contraire, bénéficiaire d'une telle injonction en termes financiers. Un « conflit d'intérêts » entre l'État membre et le bénéficiaire serait dès lors possible.

97 EDF soutient, en substance, que cette situation de « conflit d'intérêts potentiel », d'une part, met en relief la nécessité de protéger les rares droits reconnus aux tiers intéressés dans le cadre des procédures relatives aux aides d'État — et, en particulier, le droit qui leur est reconnu par l'article 20 du règlement n° 659/1999 — et, d'autre part, justifie, au-delà même de cette disposition, de reconnaître aux tiers intéressés ou, à tout le moins, aux bénéficiaires de l'aide, l'« ébauche de véritables droits de la défense ».

98 EDF considère, à ce titre, que le respect des droits des tiers intéressés en général et des droits du bénéficiaire de l'aide en particulier impose à la Commission de leur permettre de faire connaître utilement leur point de vue et, donc, impose que celle-ci publie une nouvelle communication si elle envisage d'alléguer dans sa décision finale des faits, griefs, analyses ou circonstances substantiellement différents de ceux apparaissant dans la communication qui en a été faite auxdits tiers.

99 Or, en l'espèce, le fait que la Commission ait « fondamentalement » changé son analyse de la nature des mesures en cause dans sa décision finale et n'ait pas publié une deuxième communication au Journal officiel constitue, selon EDF, une violation grave de ses « droits de la défense ».

100 La Commission conteste cette argumentation.

Appréciation du Tribunal

— Sur la violation des droits de la défense

101 Il convient de rappeler que, 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 lui faisant grief 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 et circonstances allégués et sur les documents retenus par la Commission à l'appui de son allégation quant à l'existence d'une violation du droit communautaire (arrêts de la Cour du 10 juillet 1986, Belgique/Commission, 40/85, Rec. p. 2321, point 28, et du Tribunal du 6 mars 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen/Commission, T-228/99 et T-233/99, Rec. p. II-435, point 121).

102 Toutefois, 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 sont uniquement considérées comme étant des « intéressées » dans cette procédure. Elles ne sauraient prétendre elles-mêmes à un débat contradictoire avec la Commission, tel que celui ouvert au profit dudit État membre (arrêt de la Cour du 24 septembre 2002, Falck et Acciaierie di Bolzano/Commission, C-74/00 P et C-75/00 P, Rec. p. I-7869, points 81 et 83).

103 C'est ainsi que la 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 (voir arrêts du Tribunal du 25 juin 1998, British Airways e.a./ Commission, T-371/94 et T-394/94, Rec. p. II-2405, points 59 et 60, et la jurisprudence citée, et Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen/ Commission, point 101 supra, point 125).

104 Force est dès lors de constater que la requérante ne peut alléguer une violation des droits de la défense à son égard, de tels droits ne lui étant pas reconnus dans le cadre de la procédure administrative, et ce même si c'est à juste titre qu'elle soutient que l'État membre qui a octroyé l'aide et le bénéficiaire de celle-ci peuvent avoir des intérêts divergents dans le cadre des procédures diligentées par la Commission en matière d'aides d'État.

105 La première branche du premier moyen doit dès lors être rejetée.

— Sur la violation des droits procéduraux du bénéficiaire de l'aide en tant que partie intéressée

106 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 (voir arrêt de la Cour du 8 mai 2008, Ferriere Nord/ Commission, C-49/05 P, non publié au Recueil, point 68, et la jurisprudence citée).

107 Si ces intéressés ne peuvent se prévaloir des droits de la défense, ils disposent en revanche du droit d'être associés à la procédure administrative suivie par la

Commission dans une mesure adéquate tenant compte des circonstances du cas d'espèce (arrêt Ferriere Nord/Commission, point 106 supra, point 69).

108 En outre, la Commission doit ouvrir une procédure formelle d'examen, prévoyant l'information des intéressés, dès lors que, au terme d'un examen préliminaire, elle entretient des doutes sérieux sur la compatibilité de la mesure financière en cause avec le marché commun. Il en résulte que, dans la communication relative à l'ouverture de cette procédure, la Commission ne peut être tenue de présenter une analyse aboutie à l'égard de l'aide en cause, mais il suffit qu'elle définisse suffisamment le cadre de son examen afin de ne pas vider de son sens le droit des intéressés de présenter leurs observations [arrêt du Tribunal du 31 mai 2006, Kuwait Petroleum (Nederland)/Commission, T-354/99, Rec. p. II-1475, point 85].

109 Il convient, par ailleurs, de rappeler que, conformément à l'article 6 du règlement nº 659/1999, lorsque la Commission décide d'ouvrir la procédure formelle d'examen, la décision d'ouverture peut se limiter à récapituler les éléments pertinents de fait et de droit, à inclure une évaluation provisoire de la mesure étatique en cause visant à déterminer si elle présente le caractère d'une aide et à exposer les raisons qui incitent à douter de sa compatibilité avec le marché commun (arrêt du Tribunal du 23 octobre 2002, Diputación Foral de Guipúzcoa e.a./Commission, T-269/99, T-271/99 et T-272/99, Rec. p. II-4217, point 104).

110 La décision d'ouverture doit ainsi mettre les parties intéressées en mesure de participer de manière efficace à la procédure formelle d'examen lors de laquelle elles auront la possibilité de faire valoir leurs arguments. À cette fin, il suffit que les parties intéressées connaissent le raisonnement qui a amené la Commission à considérer provisoirement que la mesure en cause pouvait constituer une aide nouvelle incompatible avec le marché commun (voir arrêt du Tribunal du 22 octobre 2008, TV 2/Danmark e.a./Commission, T-309/04, T-317/04, T-329/04 et T-336/04, Rec. p. II-2935, point 139, et la jurisprudence citée).

111 Il y a lieu de constater que, en l'espèce, tant dans la décision d'ouverture que dans la décision attaquée, la Commission a examiné le traitement fiscal des droits du concédant lors de la restructuration du bilan d'EDF opérée par la loi nº 97-1026 (ci-après la « mesure litigieuse ») et que, partant, à cet égard, le cadre d'examen est le même dans ces deux décisions.

112 Par ailleurs, tant au paragraphe 51 de la décision d'ouverture qu'au considérant 89 de la décision attaquée, la Commission a retenu le calcul de l'impôt qui aurait été dû, tel qu'il avait été présenté par les autorités françaises, calcul selon lequel l'allègement fiscal dont avait bénéficié EDF pouvait être estimé à 5 883 milliards de FRF.

113 Dès lors, il y a lieu de considérer que, avec la décision d'ouverture, EDF avait une connaissance suffisante du cadre d'examen pertinent ainsi que du raisonnement ayant amené la Commission à considérer provisoirement que la mesure litigieuse pouvait constituer une aide incompatible avec le marché commun afin de pouvoir présenter utilement ses observations à cet égard.

114 Partant, même à les supposer fondés, les arguments avancés par EDF, selon lesquels la Commission aurait procédé, d'un point de vue fiscal et comptable, à une analyse de la mesure litigieuse qui diffère de celle retenue provisoirement dans la décision d'ouverture, doivent être rejetés comme inopérants.

115 Il y a dès lors lieu de rejeter le premier moyen soulevé par EDF.

Sur le deuxième moyen, tiré de la violation par la Commission de l'article 87 CE

Sur la première branche, tirée de la méconnaissance de la « sous-compensation » des coûts de service public supportés par EDF

— Arguments des parties

116 EDF soutient, en substance, que les obligations de service public mises à la charge de l'entreprise par les pouvoirs publics ont été accrues de façon très significative à partir de 1997. Or, ces charges supplémentaires n'auraient pas été compensées par les tarifs de vente de l'électricité, car ces derniers auraient diminué de façon très importante pendant la même période.

117 EDF avance, en substance, que l'accroissement des charges de service public résultant de la restructuration des relations entre l'État et elle faisait partie de l'équilibre financier qui était défini par le contrat d'entreprise du 8 avril 1997 (voir point 31 ci-dessus).

118 Afin de démontrer cette allégation, EDF se fonde sur l'obligation de service public d'achat d'électricité mise à sa charge au profit des producteurs ayant réalisé des installations de cogénération, obligation la plus importante sur la période considérée.

119 Or, selon EDF, cette seule obligation suffit à établir que les charges correspondantes excèdent nettement l'avantage fiscal qu'elle aurait obtenu.

120 EDF allègue que, dans sa décision C(2003) 2508, du 23 juillet 2003, de ne pas soulever d'objections à l'égard de l'augmentation de capital de La Poste SA/NV par l'État belge, la Commission a considéré, s'agissant des obligations de service public supportées par La Poste, que la « sous-compensation historique » du coût net additionnel des activités de service d'intérêt économique général étant supérieure à l'apport en capital notifié par l'État, celui-ci ne constituait pas en soi une aide d'État, car il ne conférait pas d'avantage à La Poste ou constituait une aide d'État compatible avec le marché commun. La Commission aurait dès lors estimé que, dans la mesure où l'apport en capital notifié était ainsi compatible avec le marché commun, il n'était pas nécessaire qu'elle analyse si la décision de l'État d'apporter le capital considéré correspondait au comportement qu'aurait eu un investisseur privé avisé en économie de marché.

121 Il y a dès lors lieu, selon EDF, de considérer, par analogie avec cette décision de la Commission, que l'apport en capital dont elle aurait fait l'objet ne constitue pas en soi une aide, car il ne confère pas d'avantage ou constitue une aide d'État compatible avec le marché commun.

122 En outre, EDF soutient, en substance, que la Commission a pris soin d'écarter, au paragraphe 79 de la décision d'ouverture, l'argument d'une éventuelle « sous-compensation » des coûts de service public, mais qu'elle l'a fait en invoquant l'ensemble des aides examinées, y compris celles pour lesquelles la qualification d'aide a été finalement écartée.

123 EDF soutient, par ailleurs, en substance, que, si l'on devait considérer que la République française est restée en défaut de communiquer à la Commission les informations sollicitées par cette dernière en ce qui concerne d'éventuels coûts de service public durant la procédure formelle d'examen et que, partant, les arguments qui seraient avancés dans le cadre du présent recours ne sauraient être pris en considération dès lors que la légalité d'une décision en matière d'aides doit être appréciée en fonction des éléments d'information dont la Commission pouvait disposer au moment où elle l'a arrêtée et que les appréciations complexes portées par la Commission ne doivent être examinées qu'en fonction des seuls éléments dont celle-ci disposait au moment où elle les a effectuées, cela aurait pour conséquence que, n'ayant pas participé à la procédure administrative, EDF serait privée du droit de se prévaloir de cette branche de son moyen. Or, cela confirmerait la violation de ses « droits de la défense », dès lors que, en

n'ayant pas été informée « de façon sincère et complète » par la Commission pendant la procédure administrative, elle n'aurait pas été mise en mesure d'évaluer la nécessité de développer cette argumentation et s'en trouverait à présent empêchée.

124 La Commission conteste cette argumentation.

— Appréciation du Tribunal

125 Il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, dans le cadre d'un recours en annulation, la légalité d'un acte communautaire doit être appréciée en fonction des éléments d'information existant à la date à laquelle l'acte a été adopté. En particulier, les appréciations complexes portées par la Commission ne doivent être examinées qu'en fonction des seuls éléments dont celle-ci disposait au moment où elle les a effectuées (voir arrêt du Tribunal du 23 novembre 2006, Ter Lembeek/Commission, T-217/02, Rec. p. II-4483, point 82, et la jurisprudence citée).

126 À cet égard, il ne saurait être reproché à la Commission de ne pas avoir tenu compte d'éventuels éléments d'information qui auraient pu lui être présentés pendant la procédure administrative, mais qui ne l'ont pas été, la Commission n'étant pas dans l'obligation d'examiner d'office et par supputation quels sont les éléments qui auraient pu lui être soumis (arrêt Ter Lembeek/Commission, point 125 supra, point 83).

127 Eu égard à la teneur du paragraphe 79 de la décision d'ouverture et du considérant 153 de la décision attaquée, ainsi que de la note en bas de page insérée sous ce considérant, il y a lieu de considérer que c'est à bon droit que la Commission soutient qu'elle ne pouvait ni ne devait examiner d'éventuels coûts de service public en l'absence d'informations sur ce point de la part des autorités françaises et des parties intéressées et qu'elle ne pouvait tenir compte, au moment de l'adoption de la décision attaquée, d'éléments qui n'ont été portés à sa connaissance que dans le cadre du présent recours.

128 Quant à l'argument relatif à la violation des droits de la défense avancé par EDF, il y a lieu de l'écarter dans la mesure où, alors qu'elles avaient été invitées à présenter des informations sur ce point dans le cadre de la procédure administrative, la République française et EDF ont jugé inutile d'y donner suite. EDF ne saurait dès lors soutenir, dans le cadre de son recours devant le Tribunal, qu'elle n'aurait pas été mise en mesure d'évaluer la nécessité de développer une argumentation à ce sujet et que ses droits de la défense seraient violés si, à présent, ces arguments n'étaient pas examinés sur ce point.

129 Il convient de souligner que les éventuelles divergences d'analyse entre la décision d'ouverture et la décision attaquée ne sont pas de nature à influer sur cette appréciation, dans la mesure où la Commission avait indiqué dans la décision d'ouverture qu'elle estimait que le traitement réservé aux provisions comptables pour le renouvellement du RAG était susceptible de constituer une aide nouvelle. Il appartenait par conséquent à la République française et à EDF de tirer les conséquences procédurales qu'une telle analyse était susceptible d'avoir pour elles et d'apporter les éléments d'information utiles pour défendre leur position, ce qu'elles n'ont pas fait.

130 Quant à l'argument selon lequel la Commission aurait malgré tout traité cette question au paragraphe 79 de la décision d'ouverture, mais en se limitant à relever que « les aides examinées […] ont conféré à EDF un avantage opérationnel qui semble à ce stade dépasser les coûts de n'importe quel service public », il y a lieu d'observer que la phrase dont EDF a cité des extraits doit, en réalité, être replacée dans son contexte :

« EDF est un fournisseur de services publics pour une partie de ses activités. Il convient de noter que, bien que, jusqu'à présent, elles n'aient pas invoqué à cet égard l'application de l'article 86, paragraphe 2, [CE], les autorités françaises ont souligné le fait qu'EDF est tenue par des missions de service public. Les autorités n'ont cependant fourni aucune évaluation du coût occasionné à EDF par ces obligations. Il est donc impossible de vérifier la correspondance entre les différentes aides d'État dont cet opérateur bénéficie et les coûts des missions de service public qui lui sont imposées. Il semble, de toute façon, que les aides examinées en l'espèce, qui revêtent essentiellement la forme de dérogations exceptionnelles aux dispositions normalement applicables dans le domaine comptable et commercial, ont conféré à EDF un avantage opérationnel qui semble à ce stade dépasser les coûts de n'importe quel service public. EDF n'a pas reçu de dotations en capital depuis longtemps. Les aides examinées ont contribué de facto à

financer l'expansion agressive d'EDF par l'acquisition de participations à l'étranger. Un tel usage de ces fonds semble sortir du cadre de ce que l'on peut considérer comme une mission de service public admissible. »

131 Il ne s'agissait dès lors que d'une appréciation provisoire et d'une invitation, adressée à la République française ainsi qu'à EDF, à apporter les éléments d'information nécessaires pour renverser éventuellement cette première analyse. La requérante ne saurait dès lors en tirer argument.

132 De même, ne saurait être reproché à la Commission le fait que le paragraphe 79 de la décision d'ouverture porte sur l'ensemble des aides examinées par elle et non sur la seule aide qu'elle déclare finalement incompatible avec le marché commun en ordonnant sa récupération aux articles 3 et 4 de la décision attaquée, à savoir la mesure litigieuse.

133 La première branche du deuxième moyen doit dès lors être écartée.

Sur la deuxième branche, tirée de l'absence d'affectation des échanges entre États membres

— Arguments des parties

134 EDF soutient que la mesure litigieuse n'a pas affecté les échanges entre États membres au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE, dans la mesure où, d'une part, à la lumière de la jurisprudence communautaire, la notion d'« échanges » devrait être interprétée comme étant « synonyme » de la notion de « concurrence » et où, d'autre part, les échanges

entre producteurs nationaux historiques, bénéficiant d'une situation de monopole dans leurs pays respectifs à l'époque, ne pourraient pas être assimilés à une situation de concurrence.

135 EDF allègue que le Tribunal a clairement lié la notion d'« échanges entre États membres » à la notion de « concurrence » et rappelle, à cet égard, que le Tribunal a jugé que, en matière d'aides d'État, les conditions relatives, respectivement, à l'incidence sur les échanges entre les États membres et à la distorsion de la concurrence sont, en règle générale, indissociablement liées (arrêts du Tribunal 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 81, et du 4 avril 2001, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia/Commission, T-288/97, Rec. p. II-1169, point 44).

136 EDF avance que cette analyse a été confirmée par la Cour dans l'arrêt du 23 octobre 1997, Commission/France (C-159/94, Rec. p. I-5815), dans lequel celle-ci a écarté l'argument de la Commission selon lequel l'abolition des droits exclusifs d'importation et d'exportation d'EDF et de Gaz de France (GDF) aurait pour conséquence de favoriser le développement des échanges dans l'intérêt de la Communauté européenne et a jugé que la Commission était obligée de définir préalablement l'intérêt de la Communauté au regard duquel il y avait lieu d'évaluer le développement des échanges. La Cour a donc clairement lié, selon EDF, la notion de « distorsion de la concurrence » et la notion d'« échanges entre États membres ».

137 EDF soutient que, si la Commission évoque longuement dans la décision attaquée les échanges qui ont pu avoir lieu entre des opérateurs électriques pour la plupart en situation de monopole dans les États membres avant la libéralisation de ce secteur, il est toutefois manifeste qu'aucune « situation de concurrence véritable » n'existait avant cette libéralisation, laquelle n'a été progressivement engagée qu'avec la transposition de la directive 96/92.

138 S'agissant plus précisément de la France pendant la période considérée (1986-1997), EDF soutient que le secteur de l'électricité était clairement fermé à la concurrence. Bien

que plusieurs directives aient été adoptées durant cette période [directive 90/547/CEE du Conseil, du 29 octobre 1990, relative au transit d'électricité sur les grands réseaux (JO L 313, p. 30), et directive 96/92], leur transposition dans plusieurs États membres aurait toutefois pris du temps « à cause de la situation initiale complexe et de la disparité des structures d'électricité dans la Communauté », ainsi que l'aurait reconnu M. K. Van Miert, membre de la Commission en charge de la concurrence à cette époque.

139 EDF considère dès lors qu'il ne peut être prétendu qu'il existait une « situation de concurrence véritable » en France, ou, d'ailleurs, dans la quasi-totalité des pays européens, durant les années 1987-1996.

140 EDF relève, à cet égard, qu'un grand nombre d'exemples fournis par la Commission dans la décision attaquée pour conclure à l'existence d'échanges entre États membres ayant un effet sur la concurrence portent sur des périodes postérieures à 1997 : il en irait notamment ainsi de l'acquisition d'un tiers du capital de l'entreprise allemande EnBW Energie Baden-Württemberg AG et des capacités de production et de distribution de London Electricty, de la prise de contrôle de l'entreprise Fenice, de la mise en place d'un partenariat avec Fiat pour l'achat de Montedison et d'un partenariat avec Véolia Environnement à travers la société Dalkia.

141 En conclusion, EDF considère que, bien qu'elle ait eu, entre 1987 et 1996, des échanges avec les autres producteurs nationaux européens, liés pour la plupart à des contrats à long terme ayant souvent permis à ces opérateurs de se dispenser d'investissements de production, la grande majorité des « contreparties » d'EDF bénéficiant d'une situation de monopole dans leurs pays respectifs, ces échanges n'affectaient en rien la concurrence au niveau intracommunautaire.

142 La Commission conteste cette argumentation.

— Appréciation du Tribunal

143 L'article 87, paragraphe 1, CE prohibe les aides qui affectent les échanges entre États membres et faussent ou menacent de fausser la concurrence.

144 Aux fins de la qualification d'une mesure nationale en tant qu'aide d'État, il y a lieu non d'établir une incidence réelle de l'aide sur les échanges entre États membres et une distorsion effective de la concurrence, mais seulement d'examiner si l'aide est susceptible d'affecter ces échanges et de fausser la concurrence (voir arrêt de la Cour du 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a., C-222/04, Rec. p. I-289, point 140, et la jurisprudence citée).

145 En outre, si la Commission a correctement exposé en quoi les aides litigieuses étaient susceptibles d'avoir de tels effets, il ne lui incombe pas de procéder à une analyse économique de la situation réelle du marché concerné, de la part de marché des entreprises bénéficiaires des aides, de la position des entreprises concurrentes et des courants d'échanges en cause entre États membres (voir, en ce sens, arrêts du Tribunal du 29 septembre 2000, CETM/Commission, T-55/99, Rec. p. II-3207, point 102, et du 6 septembre 2006, Italie et Wam/Commission, T-304/04 et T-316/04, non publié au Recueil, point 64).

146 Lorsqu'une aide accordée par un État membre 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 (voir arrêt Cassa di Risparmio di Firenze e.a., point 144 supra, point 141, et la jurisprudence citée).

147 À cet égard, la circonstance qu'un secteur économique a fait l'objet d'une libéralisation au niveau communautaire est de nature à caractériser une incidence réelle ou potentielle des aides sur la concurrence, ainsi que leur effet sur les échanges entre États

membres (voir arrêt Cassa di Risparmio di Firenze e.a., point 144 supra, point 142, et la jurisprudence citée).

148 Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que l'entreprise bénéficiaire participe elle-même aux échanges intracommunautaires. En effet, lorsqu'un État membre octroie une aide à une entreprise, l'activité intérieure peut s'en trouver maintenue ou augmentée, avec cette conséquence que les chances des entreprises établies dans d'autres États membres de pénétrer le marché de cet État membre en sont diminuées. En outre, un renforcement d'une entreprise qui, jusqu'alors, ne participait pas à des échanges intracommunautaires, peut la placer dans une situation lui permettant de pénétrer le marché d'un autre État membre (voir arrêt Cassa di Risparmio di Firenze e.a., point 144 supra, point 143, et la jurisprudence citée).

149 En l'espèce, il y a lieu de constater que la Commission a relevé, aux considérants 104 à 112 et 114 et 115 de la décision attaquée, qu'il existait, indépendamment même des directives visant à libéraliser le secteur de l'électricité, un certain degré de concurrence dans ce secteur, à tout le moins sur certains marchés, que ce soit notamment sur des marchés sur lesquels opérait EDF à l'époque considérée, ou, dans certains États membres, sur d'autres marchés non encore entièrement ouverts à la concurrence.

150 Ces éléments ne sont pas contestés par EDF.

151 EDF n'a pas contesté non plus qu'elle était exportatrice d'électricité vers d'autres États membres où l'ouverture des marchés était déjà réalisée.

152 Le fait que le marché intérieur français, ou à tout le moins une partie de celui-ci, ait été fermé à la concurrence, serait dès lors sans pertinence, à le supposer établi.

153 Par conséquent, il y a lieu de considérer qu'il ne saurait être reproché à la Commission de n'avoir pas davantage caractérisé la possibilité que la mesure litigieuse ait pu affecter les échanges intracommunautaires.

154 Par conséquent, l'argumentation de EDF sur ce point ne saurait prospérer.

155 En conclusion, la deuxième branche du deuxième moyen doit dès lors être rejetée.

Sur la troisième branche du deuxième moyen, tirée, d'une part, de la qualification de dotation en capital des mesures en cause et, d'autre part, du comportement d'investisseur privé avisé en économie de marché adopté par l'État dans le cadre de leur mise en œuvre

— Arguments des parties

156 EDF rappelle que, en 1997, l'État était son unique actionnaire. À l'époque, EDF aurait été « fortement sous-capitalisée » et son bilan aurait été « manifestement déséquilibré ». Ses capitaux propres auraient été de 24,2 milliards de FRF, elle aurait eu des dettes d'emprunt pour un montant de 131,9 milliards de FRF (soit un ratio dette nette/capitaux propres de 480 %) et un actif net de 696,4 milliards de FRF.

157 EDF soutient que l'État a, par conséquent, souhaité renforcer les capitaux propres de l'entreprise publique et modifier les équilibres financiers existant entre lui et elle, dans le souci de rapprocher sa situation de celle de ses grands concurrents dans le secteur électrique européen, afin de lui permettre de se préparer au « bouleversement de son environnement économique et réglementaire ». L'État aurait ainsi agi comme l'aurait

fait un investisseur privé avisé, cette notion devant, selon EDF, s'interpréter en fonction des caractéristiques très particulières du secteur économique dans lequel opère l'entreprise.

158 EDF avance que, dans ce contexte, il a été décidé, en 1997, de clarifier le statut patrimonial du RAG, en mettant fin aux « ambiguïtés » le caractérisant et, par la même occasion, à son traitement comptable spécifique qui avait fait l'objet de critiques de la Cour des comptes française, et de procéder simultanément à la restructuration du bilan d'EDF.

159 Ce double objectif de clarification du statut patrimonial du RAG, avec les conséquences comptables en résultant, et de restructuration du bilan d'EDF figurerait dans le contrat d'entreprise du 8 avril 1997 (voir point 31 ci-dessus) et aurait été présenté « sans la moindre ambiguïté » dans le cadre des travaux préparatoires de la loi nº 97-1026.

160 EDF, soutenue par la République française, avance, en substance, que le reclassement des droits du concédant résultant de la loi nº 97-1026 constitue une dotation en capital, en précisant que cette position avait toujours été soutenue par la République française durant la procédure administrative, mais que la Commission a écarté cette argumentation sans l'examiner au fond, pour les deux motifs qui figurent aux considérants 96 et 97 de la décision attaquée.

161 Selon EDF, la Commission témoigne ainsi d'une « incompréhension manifeste » de la nature économique de l'opération de recapitalisation. Elle aurait, de ce fait, méconnu la notion d'« aide d'État » et enfreint l'article 87 CE.

162 EDF avance, en substance, que l'opération de recapitalisation — effectuée par l'affectation directe des droits du concédant du poste de passif intitulé « Contre-valeur des biens mis en concession » au poste de passif intitulé « Dotations en capital » pour un

montant de 14,119 milliards de FRF à la date du 31 décembre 1996 — a été mise en œuvre par des « moyens neutres » d'un point de vue économique et fiscal et par la « voie la plus naturelle en l'espèce », c'est-à-dire la voie législative, en ayant recours, par souci d'efficacité, à la même loi que celle qui était requise pour réputer EDF propriétaire du RAG.

163 EDF souligne que ces ajustements comptables, par leur nature même, requéraient en effet l'intervention de la loi. La dotation en capital de la contre-valeur des biens en nature mis en concession aurait relevé, en effet, du domaine législatif, puisque le capital d'EDF était établi par l'article 16 de la loi nº 46-628, qui dispose qu'il « appartient à la nation », qu'« il est inaliénable » et que, « en cas de pertes d'exploitation, il doit être reconstitué sur les résultats des exercices ultérieurs ». Selon l'article 1er du décret nº 56-493, du 14 mai 1956, relatif aux dotations en capital attribuées à EDF et à GDF (JORF du 19 mai 1956, p. 4613), celles-ci auraient été soumises aux mêmes règles que celles fixées par l'article 16 de la loi nº 46-628.

164 EDF, soutenue par la République française, affirme — et c'est ce qu'elles ont confirmé dans le cadre des réponses qu'elles ont apportées aux questions écrites qui leur ont été posées par le Tribunal — que l'État avait le choix entre deux solutions (appelées « schéma court » et « schéma long » par EDF) aboutissant à des résultats strictement équivalents : soit effectuer une dotation complémentaire en capital en procédant directement, par l'effet de la loi, au reclassement d'une partie des provisions comptables pour le renouvellement du RAG en franchise d'impôt, soit affecter tout d'abord au capital d'EDF un montant net après impôt sur les sociétés, solliciter d'EDF le versement d'un impôt correspondant à la variation d'actif net et procéder à une dotation complémentaire en capital d'un montant égal à l'impôt payé.

165 Selon EDF, l'État a jugé que la première solution était « économiquement logique et financièrement tout aussi neutre » que la seconde et que cette approche avait, en outre, été approuvée par la Cour des comptes française.

166 Il ressortirait clairement de l'argumentation avancée par la Commission que si l'État avait recouru à la seconde solution pour procéder à l'injection de capital, la Commission aurait appliqué le critère de l'investisseur privé avisé. Cela démontre, selon EDF, que ce n'est que le choix du moyen utilisé par l'État pour procéder à l'augmentation de capital qui a conduit la Commission à écarter, par principe, l'application du critère de l'investisseur privé.

167 EDF fait valoir qu'il ressort en effet du considérant 96 de la décision attaquée et des écritures de la Commission que c'est le choix du moyen utilisé pour procéder à l'augmentation de capital qui est critiqué par celle-ci. Or, une telle argumentation serait « purement formaliste et dénuée de toute pertinence ».

168 Selon EDF, l'affirmation, dans la décision attaquée, selon laquelle la Commission « ne peut que rejeter ces arguments [relatifs à la recapitalisation] » en soutenant que le critère de l'investisseur privé « ne peut jouer que dans le cadre de l'exercice d'activités économiques et non dans le cadre de pouvoirs de régulation » constitue, d'une part, une immixtion dans les procédures de droit interne, lesquelles sont étrangères au droit communautaire, et relève, d'autre part, d'un formalisme qui est étranger au droit de la concurrence.

169 EDF reconnaît que l'État a, certes, eu recours, pour procéder à l'augmentation de capital, à un moyen qui n'était pas à la disposition de sociétés de droit commun, à savoir le reclassement des droits du concédant par le biais d'une loi. Il n'aurait cependant pas agi dans le cadre de ses pouvoirs de régulation ou de ses prérogatives de puissance publique.

170 En premier lieu, considérer le contraire négligerait le fait que le statut et la définition du capital d'EDF relevaient eux-mêmes du domaine législatif.

171 EDF précise, en substance, qu'il appartenait à l'État d'avoir recours à la loi pour procéder à cette opération, eu égard à la nature particulière de l'entreprise. Elle estime que, dès lors qu'une loi était nécessaire pour réputer EDF propriétaire ab initio du RAG, l'on ne voit pas pourquoi le législateur aurait dû s'abstenir d'« aller au bout de la logique » décrite dans le contrat d'entreprise du 8 avril 1997 (voir point 31 ci-dessus) en restructurant le bilan de l'entreprise par la modification de l'article 16 de la loi nº 46-628.

172 En deuxième lieu, EDF fait valoir, en substance, que, ce faisant, l'État s'est en réalité comporté en « actionnaire avisé » de l'entreprise, dans des conditions normales de marché, lesquelles devraient nécessairement s'apprécier par référence aux éléments objectifs et vérifiables qui sont disponibles (arrêt de la Cour du 3 juillet 2003, Chronopost e.a./Ufex e.a., C-83/01 P, C-93/01 P et C-94/01 P, Rec. p. I-6993, point 38).

173 En troisième lieu, EDF soutient que, en déniant a priori à l'État français le droit de procéder à une recapitalisation d'un établissement public par la voie qu'il juge le plus appropriée, la Commission commet en outre une erreur de droit, en violation de l'article 295 CE qui consacre « la neutralité du droit communautaire à l'égard des régimes de propriété des États membres ».

174 En quatrième lieu, EDF considère que, même à supposer qu'une autre voie ait pu être choisie, rien ne justifiait le formalisme excessif dont a fait preuve la Commission, qui a écarté, sans même le discuter, l'argument relatif à la recapitalisation de l'entreprise, au seul motif que le moyen par lequel elle a été mise en œuvre qualifierait « par principe » l'intervention de l'État d'aide d'État. Or, selon EDF, l'indifférence de la forme que peut prendre une mesure sur sa qualification éventuelle d'aide d'État est, au contraire, au cœur de la jurisprudence communautaire.

175 EDF allègue en substance que, pour qu'une mesure soit qualifiée d'aide d'État, la jurisprudence n'attache aucune importance à la forme qu'elle peut prendre ou à l'autorité étatique qui en décide, ces considérations étant étrangères à l'analyse menée au titre de l'article 87, paragraphe 1, CE.

176 En outre, EDF avance que, selon la Commission elle-même, en analysant la compatibilité des aides avec le marché commun, celle-ci « examine la compatibilité des aides, non pas en fonction des formes qu'elles peuvent revêtir, mais en fonction de leurs effets » [paragraphe 7 de la communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises (JO C 384, p. 3)]. Dès lors, la Commission n'aurait pas dû écarter, sans l'examiner, l'argument selon lequel l'opération était une recapitalisation, sur le seul fondement d'une considération de pure forme, à savoir le moyen utilisé pour procéder à cette recapitalisation.

177 EDF estime que, si la forme sous laquelle une mesure est mise en œuvre est indifférente quant à sa qualification d'aide d'État, cette forme ne peut davantage être invoquée par la Commission comme argument — et, a fortiori, comme seul argument — pour écarter la démonstration visant à contester cette même qualification d'aide d'État.

178 En cinquième lieu, EDF rappelle que la Commission a déjà considéré, dans de nombreuses affaires, qu'un apport en capital pouvait prendre des formes différentes : la souscription d'obligations de l'entreprise [décision 94/662/CE de la Commission, du 27 juillet 1994, concernant la souscription de CDC-Participations à des émissions d'obligations d'Air France (JO L 258, p. 26)], l'annulation d'une dette utilisée afin de procéder à une injection de capital [décision 89/58/CEE de la Commission, du 13 juillet 1988, concernant les aides accordées par le gouvernement britannique au groupe Rover, entreprise produisant des véhicules automobiles (JO 1989, L 25, p. 92)], la conversion de prêts en capital [décision 90/224/CEE de la Commission, du 24 mai 1989, concernant les aides accordées par le gouvernement italien à Alumina et Comsal, deux entreprises publiques du secteur de l'aluminium (JO 1990, L 118, p. 42)], la conversion de dettes en participations, considérée comme équivalente à une injection de capital d'un même montant [décision 94/696/CE de la Commission, du 7 octobre 1994, concernant les aides accordées par l'État grec à la compagnie Olympic Airways (JO L 273, p. 22)], l'« extournement » de provisions constituées pour couvrir des dépenses futures de retraite et leur transfert à une réserve de plus-value [décision C(2003) 2508 (voir point 120 ci-dessus)].

179 En outre, selon EDF, la Commission a déjà appliqué le critère de l'investisseur privé en économie de marché à une mesure mise en œuvre par une loi et donc à une mesure

résultant de l'exercice des prérogatives de l'État, comme dans l'affaire Siciliana Acque Minerali [décision 2000/648/CE de la Commission, du 21 juin 2000, concernant l'aide d'État en faveur de la société Siciliana Acque Minerali Srl (JO L 272, p. 36)].

180 En conclusion sur ce point, le fait qu'une dotation en capital ait été mise en œuvre par une loi ne serait donc pas de nature à empêcher l'application du critère de l'investisseur privé à cette mesure.

181 Selon EDF, la Commission avait, dès lors, l'obligation d'examiner si les mesures adoptées à la suite de la loi nº 97-1026 constituaient, comme le soutenait l'État français, « une augmentation de capital légitime dans ses modalités et dans son montant ».

182 Par ailleurs, EDF rappelle que, selon la Cour, afin d'apprécier si une mesure étatique constitue une aide, il convient de déterminer si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché (arrêt Chronopost e.a./Ufex e.a., point 172 supra, point 38).

183 Selon EDF, la notion de « conditions normales de marché » est également centrale lorsqu'il s'agit, en présence de mesures bénéficiant à une entreprise publique, d'appliquer le principe d'égalité de traitement. En effet, il résulterait 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 de la Cour du 16 mai 2002, France/Commission, C-482/99, Rec. p. I-4397, point 69).

184 Or, selon EDF, si l'on devait admettre l'approche retenue par la Commission, EDF ne pourrait pas invoquer le bénéfice de cette jurisprudence, car les circonstances dans lesquelles la mesure litigieuse est intervenue ne correspondraient pas aux conditions

normales du marché au seul motif que le recours par l'État à son pouvoir fiscal serait exorbitant du droit commun. EDF fait toutefois valoir que, si elle ne nie pas que le moyen utilisé par l'État était exorbitant du droit commun, la qualification d'aides d'État ne peut se limiter à ce seul aspect formel et faire ainsi l'économie du débat de fond.

185 EDF considère en outre que l'arrêt de la Cour du 28 janvier 2003, Allemagne/Commission (C-334/99, Rec. p. I-1139), qui est invoqué par la Commission dans ses écritures — arrêt suivant lequel il faut établir une distinction entre les obligations que l'État doit assumer en tant qu'actionnaire d'une société et les obligations qui peuvent lui incomber en tant que puissance publique — conforte en réalité sa position, dans la mesure où il présuppose qu'il soit procédé à une comparaison des comportements respectifs de l'État, agissant comme investisseur, et d'un investisseur privé dans des conditions normales de marché. Or, dans la décision attaquée, la Commission aurait refusé ab initio de procéder à une telle analyse, ce qui serait contraire au principe de neutralité.

186 En réponse à l'argumentation de la Commission selon laquelle il ne s'agirait que d'un « cadeau fiscal » ou d'un « abandon de dette » dont aurait bénéficié EDF, celle-ci soutient qu'un actionnaire privé peut, lui aussi, procéder à une augmentation de capital d'une filiale par un mécanisme d'incorporation de créance au capital, mécanisme qui serait en substance parfaitement comparable, sur le plan économique, à l'« abandon de dette » critiqué par la Commission.

187 En effet, selon la requérante, une maison mère détenant une créance sur sa filiale peut choisir de procéder à un simple abandon de créance, générant ainsi un profit pour la filiale, lequel serait en principe imposable pour la filiale, sauf s'il existe des reports fiscaux déficitaires. Après imposition, ce montant pourrait être affecté par la filiale, en fonction de ses choix, au paiement du dividende, à la constitution de réserves, etc. Toutefois, la maison mère pourrait également choisir de souscrire à une augmentation de capital de la filiale d'un montant correspondant à sa créance. Or, selon EDF, soutenue par la République française, ce dernier mécanisme ne génère, en droit fiscal français, aucun profit imposable pour la filiale.

188 EDF soutient que, bien que ce mécanisme se distingue de l'opération de recapitalisation litigieuse par le choix du moyen utilisé, il n'en demeure pas moins que, en substance, l'État n'a fait, en l'espèce, que procéder à ce qui peut être assimilé économiquement à une augmentation de capital par incorporation de créance. Or, ce mécanisme serait également à la disposition d'une entreprise privée.

189 EDF soutient que, par conséquent, pour déterminer l'existence de « conditions normales de marché », la Commission ne pouvait pas se borner artificiellement au seul examen formel du moyen utilisé, mais devait au contraire le faire porter sur le fond, à savoir sur la rationalité économique de l'opération, cette analyse devant être effectuée dans le contexte de l'époque et la Commission devant s'abstenir de toute appréciation fondée sur une situation postérieure.

190 EDF précise que, dans son arrêt Chronopost e.a./Ufex e.a., point 172 supra (point 38), la Cour a jugé que, en l'absence de toute possibilité de comparer la situation de La Poste avec celle d'un groupe privé d'entreprises n'opérant pas dans un secteur réservé, les « conditions normales de marché », qui sont nécessairement hypothétiques, devaient s'apprécier par référence aux éléments objectifs et vérifiables qui sont disponibles.

191 EDF allègue que, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Chronopost e.a./Ufex e.a., point 172 supra, il s'agissait de comparer des coûts, tandis que, en l'espèce, il s'agit de comparer les conditions de marché dans lesquelles intervient une augmentation de capital. Toutefois, les conditions normales de marché, selon les termes mêmes de l'arrêt Chronopost e.a./Ufex e.a., précité, devraient s'apprécier par référence aux éléments objectifs et vérifiables qui sont disponibles. Il en résulte, selon EDF, que la Commission ne pouvait pas, sans commettre une erreur de droit et sans dénaturer la notion d'« aide d'État », « esquiver » cette analyse au prétexte purement formel du moyen utilisé par l'État pour procéder à cette augmentation de capital.

192 Enfin, EDF allègue, en substance, que le critère de l'investisseur privé aurait été satisfait si la Commission l'avait appliqué.

193 À l'appui de son argumentation à cet égard, telle que développée dans la requête et la réplique, EDF a produit, à l'occasion de la présentation de ses observations sur le mémoire en intervention de la République française, le « Rapport Oxera », qui fournirait au Tribunal des éléments d'analyse complémentaires permettant de confirmer que le critère de l'investisseur privé aurait été satisfait s'il avait été appliqué par la Commission.

194 La Commission maintient que le critère de l'investisseur privé ne pouvait être appliqué en l'espèce.

195 La Commission estime que, par l'adoption des dispositions de la loi nº 97-1026, l'État a agi en tant que pouvoir de régulation, afin d'exonérer EDF du paiement d'une partie des impôts dus. Il n'aurait pas agi en tant qu'État actionnaire d'EDF cherchant à tirer des bénéfices à moyen ou à long terme de l'entreprise.

196 La Commission avance que, si elle devait suivre la logique prônée par EDF, elle permettrait à l'État, en tant qu'autorité fiscale, de mettre librement en œuvre toutes formes de « discriminations » au moyen de l'instrument fiscal dont il dispose, à la différence des investisseurs privés. Ces derniers ne pourraient, en effet, mobiliser des capitaux en vue d'effectuer des investissements qu'après s'être acquittés de leurs obligations fiscales.

197 La Commission soutient, en outre, en substance, que permettre à l'État d'invoquer l'application du critère de l'investisseur privé, lorsqu'il agit en sa qualité de régulateur utilisant son pouvoir fiscal, déboucherait sur une « situation dangereuse », car l'État pourrait ainsi prétendre que toutes les exonérations fiscales accordées à des entreprises publiques économiquement saines devraient échapper aux règles applicables aux aides d'État dans la mesure où elles satisferaient au critère de l'investisseur privé. Une telle situation serait à l'origine d'une « discrimination à l'encontre des entreprises qui n'ont pas la chance d'avoir l'État comme actionnaire et/ou investisseur ».

198 Selon la Commission, le raisonnement suivi par EDF est par conséquent contraire à l'article 87 CE, car il priverait cette disposition de tout effet utile, ainsi qu'il résulte du considérant 97 de la décision attaquée.

199 Selon la Commission, le fondement même de toute l'argumentation de la requérante est entaché d'une prémisse erronée, qui consiste à considérer qu'il est possible d'appliquer le critère de l'investisseur privé à l'ensemble de l'opération, c'est-à-dire non seulement à la prétendue dotation en capital, mais également à la phase précédente, lorsque l'État est intervenu en tant qu'autorité fiscale afin d'introduire la « franchise fiscale » que constitue la mesure litigieuse.

200 Or, selon la Commission, si l'on devait comparer le comportement de l'État français à celui d'un investisseur privé, les provisions irrégulièrement créées par EDF au titre des droits du concédant auraient dû préalablement être soumises à l'impôt sur les sociétés avant d'être éventuellement injectées dans le capital d'EDF. Seule une telle imposition des provisions aurait pu mettre « sur un pied d'égalité » l'État français avec un investisseur privé et aurait permis à la Commission d'envisager la comparaison du comportement de l'État français avec celui d'un opérateur privé. Dans la mesure où cette prémisse aurait fait défaut, la Commission n'aurait pu se livrer à une telle comparaison.

201 La Commission fait valoir que, si l'on mettait en effet « sur un pied d'égalité » l'État français avec un investisseur privé, on ne pourrait contester qu'un « cadeau fiscal » de l'« État 'régulateur' » n'a pas le même coût qu'un investissement de l'« État 'investisseur' ». Dans le premier cas, pour faire bénéficier une entreprise de 100 euros, il suffirait à l'État de renoncer à l'imposition de la même somme. En revanche, pour qu'une entreprise bénéficie de la même somme de la part d'un investisseur privé, il faudrait, notamment, ajouter les charges fiscales supportées sur ces sommes afin qu'elle puisse en disposer librement. Ainsi, dans le cas d'espèce, cette somme de 100 euros aurait dû être soumise à l'impôt sur les sociétés au taux de 41,66 %. Il en résulterait que, pour octroyer 100 euros, un investisseur privé aurait dû mobiliser en réalité 141,66 euros.

202 Dans ce contexte, la Commission soutient que les exemples présentés par EDF relatifs à l'abandon de créance d'une entreprise mère sur sa filiale ne se situent pas dans le cadre des pouvoirs relevant de la puissance publique, mais se rapportent à des instruments utilisables par un investisseur privé sur le marché : il s'agirait en effet de créances de nature commerciale et non fiscale. Il ne s'agirait donc pas d'une simple distinction formelle, dans la mesure où le coût pour l'État aurait nécessairement un coût moins élevé que pour l'investisseur privé.

203 La Commission rappelle que, en vertu du principe de neutralité à l'égard du régime de propriété des entreprises prévu à l'article 295 CE, son action ne peut ni favoriser ni désavantager les pouvoirs publics lorsqu'ils procèdent à des apports en capitaux en faveur des entreprises. Or, selon la Commission, ni elle ni à sa connaissance la Cour et le Tribunal n'ont jamais admis qu'un État actionnaire, faisant usage de son pouvoir fiscal, exorbitant de droit commun, soit assimilable à un investisseur privé.

204 La Commission souligne, en substance, que le fait de ne pas accepter des « cadeaux fiscaux » n'est pas dicté par un simple souci formel, mais se justifie en raison du fait que, en droit, une aide peut prendre la forme d'une subvention directe ainsi que d'une renonciation à une créance. La prohibition a priori de tels « cadeaux fiscaux » ne serait que l'application du principe de neutralité précité, admis par la Cour, selon lequel « il faut établir une distinction entre les obligations que l'État doit assumer en tant qu'actionnaire d'une société et les obligations qui peuvent lui incomber en tant que puissance publique » (arrêt Allemagne/Commission, point 185 supra, point 134).

205 La Commission souligne que, dans cette affaire, la question était de savoir si l'« État 'investisseur' » pouvait utilement invoquer l'application du critère de l'investisseur privé afin d'échapper à l'application de l'article 87, paragraphe 1, CE. Pour ce faire, il serait nécessaire de démontrer que l'État a agi dans les conditions qui seraient considérées comme normales pour un investisseur privé. Or, selon la Commission, la Cour rappelle dans cet arrêt que l'exercice d'une prérogative de puissance publique n'est pas une condition normale de marché.

206 La Commission rappelle, en outre, que, dans une note de la direction générale des impôts transmise le 9 avril 2002, cette dernière a considéré que « les droits du concédant afférents au RAG représentent une dette indue que l'incorporation au capital a libéré d'impôt de manière injustifiée ». Il en résulterait clairement qu'il s'agissait d'un « cadeau fiscal » et non d'un investissement.

207 La Commission avance que, contrairement à ce que prétend EDF, l'opération litigieuse n'a rien à voir avec une opération d'abandon de créance par incorporation de celle-ci au capital de l'entreprise et que c'est à tort qu'EDF tente de réduire le débat à une simple approche formelle de la Commission sans analyse de la rationalité économique de l'opération.

208 Après avoir rappelé que le raisonnement qui sous-tend l'application du critère de l'investisseur privé est d'éviter toute « discrimination » entre les entreprises publiques et privées en vue de la correcte application des dispositions du traité CE en matière d'aides d'État, la Commission souligne que, selon une jurisprudence constante, « le critère relatif au comportement d'un investisseur privé opérant dans les conditions normales d'une économie de marché est une émanation du principe d'égalité de traitement entre les secteurs public et privé, principe selon lequel les capitaux 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 France/Commission, point 183 supra, point 69, et arrêt du Tribunal du 12 décembre 2000, Alitalia/Commission, T-296/97, Rec. p. II-3871, point 80).

209 Ainsi, dans le cadre de l'application du critère de l'investisseur privé, s'il ne faisait pas de doute que l'État puisse mettre des capitaux à disposition d'une entreprise, une telle opération ne saurait échapper à la qualification d'aide d'État qu'à la condition que les circonstances dans lesquelles elle est effectuée « correspondent aux conditions normales du marché ».

210 Selon la Commission, il résulte clairement de cette jurisprudence que le critère de l'investisseur privé n'est applicable que dans les cas où les circonstances dans lesquelles agit l'État sont comparables à celles qui correspondent aux conditions normales du marché. Il en découlerait également que les moyens utilisés par l'État font partie intégrante desdites circonstances, et ce d'autant plus lorsque la nature et les caractéristiques des moyens utilisés ne sont pas à la disposition d'un investisseur privé agissant dans des conditions normales de marché.

211 En outre, une exonération fiscale produirait, par nature, des effets qui ne sont, en tout état de cause, pas détachables du rôle de l'État en tant qu'unique détenteur du pouvoir régalien de percevoir et de redistribuer l'impôt. Ce pouvoir étant l'« expression la plus absolue de la puissance publique », son exercice — imposition ou exonération — ne trouverait pas d'équivalent auprès d'un investisseur privé.

212 S'agissant de l'arrêt Chronopost e.a./Ufex e.a., point 172 supra, la Commission souligne qu'il semble contradictoire d'avancer, d'une part, qu'elle devait appliquer le critère de l'investisseur privé en l'espèce, et, d'autre part, de se référer à cet arrêt dans lequel la Cour, en l'absence de comparabilité possible, a suivi une logique diamétralement opposée à celle des conditions normales de marché. La Commission rappelle que seul l'État peut agir à la fois comme autorité fiscale et comme investisseur.

213 Enfin, la Commission soutient en substance, à titre subsidiaire, que, de toute manière, la mesure litigieuse n'aurait pas satisfait au critère de l'investisseur privé si elle l'avait appliqué.

214 En réponse aux questions écrites posées par le Tribunal, la Commission confirme, en substance, d'une part, qu'elle considère qu'elle n'avait pas à appliquer le critère de l'investisseur privé et, d'autre part, qu'il convenait d'écarter le « Rapport Oxera », en raison, notamment, de la tardiveté du dépôt de ce rapport par EDF.

215 Par ailleurs, lors de l'audience, la Commission a avancé plusieurs arguments complémentaires.

216 Tout d'abord, elle a soutenu qu'aucun investisseur privé n'aurait pu mobiliser au même coût de tels capitaux. Il n'y aurait dès lors, en tout état de cause, pas d'investisseur privé de référence.

217 Ensuite, en réponse aux arguments d'EDF et de la République française selon lesquels le coût résultant de l'application de chacune des deux solutions qu'il était possible d'adopter pour l'État (voir point 164 ci-dessus) était identique, la Commission a avancé que le coût ne serait pas le même dans le « schéma long ». En effet, selon la Commission, dans le « schéma long », EDF se serait préalablement acquittée des impôts dus et l'appréciation de sa valeur financière aurait été différente lors de l'application du critère de l'investisseur privé. L'application de ce « schéma long » aurait donc — vraisemblablement — donné des résultats différents si le critère de l'investisseur privé avait été appliqué.

218 Enfin, il a également été soutenu par la Commission, lors de l'audience, qu'il aurait fallu que le montant de l'imposition soit versé à l'État — fût-ce pour une brève période — avant d'être reversé à EDF et que l'impôt qui était dû apparaisse au bilan d'EDF.

219 La Commission souligne en outre que, à supposer que le Tribunal accueille la thèse selon laquelle la mesure litigieuse constituerait un investissement sous forme de dotation en capital qui aurait dû être examiné en appliquant le critère de l'investisseur privé, ce qu'elle conteste, le Tribunal devrait alors annuler la décision attaquée pour erreur manifeste d'appréciation sans pour autant analyser si le comportement de l'État français satisfaisait ou non à ce critère, cette seconde étape de l'examen de la mesure litigieuse devant intervenir dans la décision qu'il appartiendrait à la Commission de prendre à la suite de l'arrêt prononçant l'annulation de la décision attaquée. Le Tribunal ne saurait en effet se livrer à l'examen de cette question, une telle analyse ne ressortissant pas de la compétence du juge communautaire.

220 Lors de l'audience, Iberdrola, faisant notamment référence aux conclusions du 14 janvier 2003 de l'avocat général M. Léger sous l'arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, Rec. p. I-7747, I-7788), a soutenu que le critère de l'investisseur privé avisé en économie de marché ne pouvait, par principe, être appliqué lorsqu'un État accorde une aide en faisant usage de prérogatives de puissance publique. Selon l'intervenante, l'application de ce critère a pour objet d'assurer l'égalité de traitement entre les entreprises publiques et privées. Or, l'application de ce critère à la conversion d'une dette fiscale en dotation en capital aurait pour effet d'accorder aux entreprises publiques un avantage dont les entreprises privées ne pourraient jamais bénéficier. Il s'ensuivrait une rupture d'égalité de traitement au profit des seules entreprises publiques, liée à la forme de l'aide accordée. Selon l'intervenante, cet aspect formel est donc déterminant et, dans un tel cas, le critère de l'investisseur privé ne peut jamais être appliqué.

— Appréciation du Tribunal

221 Il convient de rappeler que l'article 87 CE a pour objet d'empêcher que les échanges entre États membres 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. La notion d'« aide » peut recouvrir dès lors non seulement des prestations positives telles que des subventions, des prêts ou des prises de participation au capital d'entreprises, mais également des interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques (voir arrêt de la Cour du 8 mai 2003, Italie et SIM 2 Multimedia/Commission, C-328/99 et C-399/00, Rec. p. I-4035, point 35, et la jurisprudence citée). Lors de l'appréciation d'une mesure au regard de l'article 87 CE, il importe de tenir compte de tous les éléments pertinents et de leur contexte (arrêt Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen/Commission, point 101 supra, point 270).

222 Selon la jurisprudence de la Cour, l'intervention des pouvoirs publics dans le capital d'une entreprise, sous quelque forme que ce soit, peut constituer une aide étatique lorsque toutes les conditions visées à l'article 87, paragraphe 1, CE sont remplies (voir arrêt Italie et SIM 2 Multimedia/Commission, point 221 supra, point 36, et la

jurisprudence citée). Tel ne saurait toutefois être le cas, en application du principe d'égalité de traitement entre entreprises publiques et privées, lorsque les capitaux mis à la disposition d'une entreprise, directement ou indirectement, par l'État, le sont dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales du marché (voir arrêt Italie et SIM 2 Multimedia/Commission, point 221 supra, point 37, et la jurisprudence citée).

223 Il ressort de la jurisprudence que, dans le domaine des aides d'État, la Cour opère une distinction entre deux catégories de situations : celles où l'intervention de l'État présente un caractère économique et celles où l'intervention de l'État relève des actes de puissance publique (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 14 septembre 1994, Espagne/Commission, C-278/92 à C-280/92, Rec. p. I-4103, point 22, et Allemagne/Commission, point 185 supra, point 134 ; conclusions de l'avocat général M. Léger sous l'arrêt Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg, point 220 supra, point 20).

224 Le critère de l'opérateur privé ne s'applique que dans la première catégorie de situations qui couvre les cas où les autorités publiques prennent une participation dans le capital d'une entreprise (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 10 juillet 1986, Belgique/Commission, 234/84, Rec. p. 2263, point 14 ; Tubemeuse, point 94 supra, point 26, et du 21 mars 1991, Italie/Commission, dit « Alfa Romeo », C-305/89, Rec. p. I-1603, point 19), octroient un prêt à certaines entreprises (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 14 février 1990, France/Commission, dit « Boussac », C-301/87, Rec. p. I-307, points 38 à 41, et du Tribunal du 30 avril 1998, Cityflyer Express/Commission, T-16/96, Rec. p. II-757, points 8 et 51), accordent une garantie d'État (voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 13 juin 2000, EPAC/Commission, T-204/97 et T-270/97, Rec. p. II-2267, points 67 et 68), vendent des biens ou des services sur le marché (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 2 février 1988, Van der Kooy e.a./Commission, 67/85, 68/85 et 70/85, Rec. p. 219, points 28 à 30 ; du 29 février 1996, Belgique/Commission, C-56/93, Rec. p. I-723, point 10, et du 11 juillet 1996, SFEI e.a., C-39/94, Rec. p. I-3547, points 59 à 62), ou accordent des facilités pour le paiement de cotisations sociales (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 29 avril 1999, Espagne/Commission, C-342/96, Rec. p. I-2459, point 46) ou pour le remboursement de charges salariales. Dans ce type de situations, le critère de l'opérateur privé est pertinent, parce que le comportement de l'État est susceptible d'être adopté, du moins en principe, par un opérateur privé dans un but lucratif (voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général M. Léger sous l'arrêt Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg, point 220 supra, points 20 et suivants).

225 En revanche, le critère de l'opérateur privé n'est pas pertinent lorsque l'intervention de l'État ne présente aucun caractère économique. Tel est le cas lorsque les autorités publiques versent une subvention directe à une entreprise, accordent une exonération fiscale (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 15 mars 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, Rec. p. I-877, point 14; du 19 mai 1999, Italie/Commission, C-6/97, Rec. p. I-2981, point 16, et du 19 septembre 2000, Allemagne/Commission, C-156/98, Rec. p. I-6857, points 25 à 28) ou consentent une réduction des charges sociales (arrêts de la Cour du 17 juin 1999, Belgique/Commission, C-75/97, Rec. p. I-3671, points 24 et 25, et du Tribunal du 27 janvier 1998, Ladbroke Racing/Commission, T-67/94, Rec. p. II-1, point 110).

226 Dans ce type de situations, l'intervention de l'État n'est pas susceptible d'être adoptée par un opérateur privé dans un but lucratif, mais relève des actes de puissance publique de l'État, comme la politique fiscale ou la politique sociale (voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général M. Léger sous l'arrêt Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg, point 220 supra, points 20 et suivants).

227 Il en est également ainsi des charges de l'État liées au licenciement des travailleurs, au paiement des allocations de chômage et à d'autres prestations sociales (voir, en ce sens, arrêt 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 119), ainsi que des aides pour la reconstitution du tissu industriel, des prêts consentis par l'État à des conditions inhabituelles ou encore des coûts de remise en état d'un site afin de permettre la réalisation d'un pôle technologique (voir, en ce sens, arrêts du 14 septembre 1994, Espagne/Commission, point 223 supra, point 22, et du 28 janvier 2003, Allemagne/Commission, point 185 supra, point 140; arrêt du Tribunal du 8 juillet 2004, Technische Glaswerke Ilmenau/Commission, T-198/01, Rec. p. II-2717, point 108).

228 En effet, les interventions de l'État qui visent à honorer les obligations lui incombant en tant que puissance publique ne sauraient être comparées à celles d'un investisseur privé en économie de marché.

229 Pour apprécier si les mesures prises par l'État relèvent de ses prérogatives de puissance publique ou émanent des obligations qu'il doit assumer en tant qu'actionnaire, il importe d'apprécier ces mesures non en fonction de leur forme, mais bien en fonction de leur nature, de leur objet et des règles auxquelles elles sont soumises tout en tenant compte de l'objectif poursuivi par les mesures en cause (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, Rec. p. I-43, point 30).

230 Dès lors, dans le cas d'une entreprise dont le capital social est détenu par les autorités publiques, il convient notamment d'apprécier si, dans des circonstances similaires, un investisseur privé, d'une taille qui puisse être comparée à celle des organismes gérant le secteur public, aurait procédé à un apport en capital de la même importance, en se basant sur les possibilités de rentabilité prévisibles et abstraction faite de toute considération de caractère social ou de politique régionale ou sectorielle (voir, en ce sens, arrêts du 10 juillet 1986, Belgique/Commission, point 223 supra, point 14, et Italie et SIM 2 Multimedia/Commission, point 221 supra, point 38, et la jurisprudence citée).

231 Enfin, il convient de préciser que la circonstance que le comportement de l'État actionnaire soit apprécié à l'aune de l'investisseur privé avisé, alors que le comportement d'un quelconque investisseur privé ne l'est pas, ne constitue pas une rupture d'égalité de traitement entre l'État et un tel investisseur privé, étant donné que l'État actionnaire ne se trouve pas dans la même situation que l'investisseur privé. En effet, à la différence de l'investisseur privé qui ne peut compter que sur ses propres ressources pour financer ses investissements, l'État a accès à des ressources financières qui découlent de l'exercice de la puissance publique, notamment celles provenant des impôts (arrêt Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen/Commission, point 101 supra, points 271 et 272).

232 Dès lors, la seule circonstance que l'État ait accès à des ressources financières qui découlent de l'exercice de la puissance publique ne permet pas de justifier, à elle seule, que les agissements de l'État soient considérés comme relevant de ses prérogatives de puissance publique. En effet, en pareille hypothèse, l'application du critère de l'investisseur privé avisé au comportement de l'État actionnaire risquerait d'être réduite à néant, ou à tout le moins restreinte de manière disproportionnée, puisque, en tant qu'État, il a nécessairement recours à des ressources financières découlant de l'exercice de puissance publique, en particulier à des ressources fiscales.

233 Au vu de ce qui précède, il faut établir, compte tenu des circonstances de chaque cas d'espèce, si la participation ou l'intervention publique dans le capital de l'entreprise bénéficiaire poursuit un objectif économique qui pourrait également être poursuivi par un investisseur privé, et est donc effectuée par l'État en tant qu'opérateur économique au même titre qu'un opérateur privé, ou si, au contraire, elle est justifiée par la poursuite d'un objectif d'intérêt public et doit être considérée comme une forme d'intervention de l'État en tant que puissance publique, auquel cas le comportement de l'État ne peut être comparé à celui d'un opérateur ou d'un investisseur privé en économie de marché.

234 Ainsi, il y a lieu de considérer que, si l'intervention de l'État, au vu de sa nature et de son objet et compte tenu de l'objectif poursuivi, ne constitue pas un investissement réalisable par un investisseur privé, cette intervention est susceptible de relever d'une intervention de l'État en tant que puissance publique, excluant ainsi l'application du critère de l'investisseur privé avisé.

235 En revanche, si l'intervention de l'État, au vu de sa nature et de son objet et compte tenu de l'objectif poursuivi, constitue un investissement comparable à celui que réaliserait un investisseur privé, il y a lieu d'examiner cette intervention en appliquant le critère de l'investisseur privé avisé. Cet examen vise à vérifier si un tel investisseur aurait procédé, dans des circonstances similaires et en se basant sur de possibles prévisions de rentabilité, à un apport en capital d'une même importance, et ce indépendamment de la forme que prend cette intervention de l'État et du fait qu'il a accès à des ressources qui découlent de l'exercice de la puissance publique, telles que celles provenant des impôts, auxquelles ne pourrait avoir accès un investisseur privé.

236 En d'autres termes, il convient d'examiner la mesure non en fonction de sa seule forme, mais en fonction de sa nature, de son objet et de ses objectifs, ce qui suppose de la considérer dans l'intégralité de ses aspects, ainsi que de prendre en considération le contexte dans lequel elle s'inscrit.

237 Il en résulte, par ailleurs, que le fait que l'intervention de l'État prenne la forme d'une loi ne saurait, à lui seul, suffire à écarter que l'intervention de l'État dans le capital d'une

entreprise poursuive un objectif économique que pourrait également poursuivre un investisseur privé.

238 En l'espèce, il est établi que la République française était seule actionnaire d'EDF en 1997.

239 Il convient en outre de rappeler que, avant l'adoption de la loi nº 97-1026, le bilan d'EDF se présentait de la manière suivante :

— figurait à l'actif un poste intitulé « Immobilisations corporelles du domaine concédé » pour un montant de 285,7 milliards de FRF, dont environ 90 milliards de FRF au titre du RAG ;

— figuraient au passif, d'une part, un poste intitulé « Provisions » dont environ 38,5 milliards de FRF au titre du RAG, enregistrant des montants en vue de dépenses de renouvellement à réaliser dans le futur, et, d'autre part, un poste intitulé « Contre-valeur des biens mis en concession » enregistrant les dépenses de renouvellement effectivement réalisées. Ce poste — qui traduisait une dette d'EDF à l'égard de l'État — s'élevait, avant l'adoption de la loi nº 97-1026, à 145,2 milliards de FRF, dont 18,3 milliards de FRF au titre du RAG.

240 Il est constant que, par la loi nº 97-1026, la République française a restructuré le bilan d'EDF et a procédé à une recapitalisation de l'entreprise. Ainsi, à la suite de cette opération, premièrement, les biens constituant le RAG ont été reclassés, pour 90,325 milliards de FRF, en « biens propres » de l'entreprise. Deuxièmement, les provisions pour renouvellement du RAG non utilisées, pour un montant de 38,521 milliards de FRF, ont été comptabilisées en tant que bénéfice non distribué sans transiter par le compte de profits et pertes et ont été reclassées à hauteur de 20,225 milliards de FRF en report à nouveau des pertes, ce compte s'étant ainsi trouvé apuré et

le solde de 18,296 milliards de FRF ayant été affecté aux réserves. Ces reclassements ont donné lieu à une imposition, en application de l'article 38, paragraphe 2, du code général des impôts. Enfin, troisièmement, les « droits du concédant » — c'est-à-dire la « contre-valeur des biens mis en concession » — ont été affectés directement au poste de dotations en capital pour un montant de 14,119 milliards de FRF (sur un total de 18,345 milliards de FRF) sans transiter par le compte de résultat, le solde étant inscrit à divers comptes de réévaluation.

241 Seule l'absence d'imposition des « droits du concédant » avant la dotation en capital a cependant été considérée par la Commission comme étant une aide d'État. En effet, ni le fait d'avoir réputé EDF propriétaire du RAG de manière rétroactive depuis 1956, ni le reclassement des provisions inutilisées, à partir du moment où elles avaient été soumises à l'impôt, ni la dotation en capital pour un montant de 14,119 milliards de FRF n'ont été considérés comme une aide d'État par la Commission.

242 Il convient de constater que l'ensemble des parties s'accordent à considérer qu'un impôt aurait été dû sur le montant de 14,119 milliards de FRF avant qu'il ne soit inscrit au poste intitulé « Dotation en capital ». Indépendamment du bien-fondé de cette analyse, il y a lieu de constater que le régime fiscal qu'il convenait en principe d'appliquer aux droits du concédant n'est donc pas remis en cause par les parties.

243 Il y a lieu toutefois de relever que l'article 4 de la loi n° 97-1026 a pour objet de restructurer le bilan d'EDF et d'augmenter les fonds propres de celle-ci. Il ne s'agit donc pas de dispositions de nature fiscale en soi, mais de dispositions de nature comptable ayant des incidences fiscales, ainsi qu'en atteste le courrier adressé à EDF par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, le secrétaire d'État au Budget et le secrétaire d'État à l'Industrie le 22 décembre 1997.

244 Il convient, par ailleurs, de constater que la Commission n'a examiné que les incidences fiscales de l'article 4 de la loi n° 97-1026 et qu'elle a précisé qu'il ne lui appartenait pas d'avoir égard à l'augmentation de capital réalisée par ces dispositions de la loi, ni aux

explications de la République française visant à justifier la rationalité économique de l'opération prise dans son ensemble.

245 La Commission justifie cette attitude par le caractère fiscal de l'avantage qu'elle a identifié et elle précise — et cela résulte tant de la décision attaquée que de ses écritures et de ses réponses aux questions posées par le Tribunal — que le critère de l'investisseur privé ne pouvait s'appliquer à une augmentation de capital réalisée par le biais de la renonciation à une créance fiscale, une telle renonciation résultant de l'exercice, par l'État, de ses pouvoirs de régulation ou encore de ses prérogatives de puissance publique.

246 Il convient par conséquent d'examiner si un État membre, qui est à la fois créancier fiscal d'une entreprise publique et son unique actionnaire, peut valablement invoquer l'application du critère de l'investisseur privé lorsqu'il réalise une augmentation du capital de cette entreprise en renonçant à cette créance fiscale ou s'il y a lieu de considérer que, eu égard à la nature fiscale de la créance et au fait que l'État a fait usage de ses prérogatives de puissance publique en renonçant à cette créance, la Commission était en droit d'écarter l'application de ce critère en ce qui concerne l'augmentation de capital en cause.

247 À cet égard, il y a lieu de considérer que, compte tenu de l'objectif de recapitalisation d'EDF poursuivi par la loi nº 97-1026, la seule nature fiscale de la créance que détient l'État français à l'égard de cette entreprise et le seul fait pour celui-ci d'avoir eu recours à la loi ne permettent pas à la Commission de refuser de vérifier si, dans des circonstances similaires, un investisseur privé aurait pu être amené à procéder à une augmentation de capital de la même importance et, partant, si les capitaux ont été apportés par l'État dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales du marché.

248 Il s'ensuit que l'application du critère de l'investisseur privé ne saurait être écartée au seul motif que l'augmentation de capital d'EDF résulte de la renonciation par l'État à une créance fiscale qu'il détenait à l'encontre de celle-ci.

249 Il appartenait en effet à la Commission, dans de telles circonstances, 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.

250 Une telle 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 en effet indépendamment de la forme sous laquelle les capitaux ont été apportés par l'État, que celle-ci soit semblable ou non à celle qui aurait pu être utilisée par un investisseur privé.

251 L'appréciation des conditions normales du marché repose sur une analyse économique comparative de l'investissement réalisé par l'État. À cet égard, il convient d'analyser si un investisseur privé aurait effectué un investissement d'un montant similaire dans des perspectives financières et de rentabilité comparables. La forme sous laquelle intervient cet investissement — injection directe de capital, au moyen de fonds provenant de l'impôt ou d'emprunts réalisés par l'État, ou conversion de dettes en capital — est en effet indifférente. En revanche, il ne saurait être exclu que, ainsi que l'a soutenu la Commission à l'audience, la forme prise par l'investissement induise des différences en termes de coût de mobilisation du capital et de rendement de ce dernier, qui pourraient conduire à considérer qu'un investisseur privé n'aurait pas réalisé un tel investissement dans des conditions comparables. Cela présuppose toutefois une analyse économique dans le cadre de l'application du critère de l'investisseur privé à laquelle la Commission a délibérément renoncé en l'espèce.

252 Or, une telle analyse était justifiée, compte tenu des circonstances de l'espèce, dès lors que, d'une part, ainsi que l'ont avancé EDF et la République française et que ne l'a pas contesté la Commission, une augmentation de capital peut résulter de l'incorporation d'une créance détenue par un actionnaire privé à l'égard de l'entreprise, ce que permet en l'occurrence le droit français, et que, d'autre part, le recours à une loi à cet effet pouvait être considéré comme étant la conséquence nécessaire du fait que les règles relatives au capital d'EDF étaient elles-mêmes fixées par la loi, ce qui n'a pas été contesté

par la Commission. En effet, cette dernière circonstance, qui caractérise la nature de la mesure litigieuse, n'était pas susceptible de remettre en cause l'application du critère de l'investisseur privé au cas d'espèce.

253 Eu égard à la nécessité d'apprécier la mesure litigieuse dans son contexte, la Commission ne pouvait, par conséquent, se limiter à examiner les incidences fiscales des dispositions adoptées par la République française sans examiner, simultanément — et, éventuellement, écarter au terme de cet examen — le bien-fondé de l'argumentation de la République française selon laquelle la renonciation à la créance d'impôt dans le cadre de l'opération de restructuration du bilan et d'augmentation du capital d'EDF, qui constituait l'objet de l'article 4 de la loi nº 97-1026, pouvait être considérée comme étant une opération satisfaisant au critère de l'investisseur privé.

254 À cet égard, premièrement, l'argument de la Commission selon lequel, eu égard à la jurisprudence de la Cour dans l'affaire Allemagne/Commission (C-334/99, point 185 supra), le critère de l'investisseur privé ne pouvait être appliqué, dès lors que l'État français avait exercé, en l'espèce, ses prérogatives de puissance publique en ayant eu recours à une loi pour renoncer au paiement d'une créance fiscale et qu'il ne s'était donc pas comporté comme un actionnaire privé, ne saurait être accueilli.

255 Il ressort certes de la jurisprudence que, aux fins de l'application du critère de l'investisseur privé, il faut établir une distinction entre les obligations que l'État doit assumer en tant que propriétaire actionnaire d'une société et les obligations qui peuvent lui incomber en tant que puissance publique (arrêt du 28 janvier 2003, Allemagne/Commission, point 185 supra, point 134).

256 En particulier, il résulte des arrêts dans lesquels ce critère a été appliqué (arrêts du 14 septembre 1994, Espagne/Commission, point 223 supra ; du 28 janvier 2003, Allemagne/Commission, point 185 supra, et Technische Glaswerke Ilmenau/Commission, point 227 supra) que, dans les affaires ayant donné lieu à ces arrêts, le fait qu'il s'agissait d'obligations incombant à l'État en sa qualité de puissance publique ne permettait pas l'application du critère de l'investisseur privé en ce qui concerne les

charges qui en découlaient. Ces charges avaient en effet trait à des coûts résultant du licenciement de travailleurs, à des paiements d'allocations de chômage, à des aides pour la reconstitution du tissu industriel, à des prêts consentis par l'État à des conditions inhabituelles et, enfin, à la remise en état d'un site afin de permettre la réalisation d'un pôle technologique. Elles ne pouvaient donc être prises en compte lors de l'appréciation du coût de la liquidation d'une entreprise par rapport au coût d'un rachat de cette entreprise dans la mesure où elles résultaient d'obligations qui n'incomberaient pas à un actionnaire privé.

257 Cependant, en l'espèce, à la différence des situations décrites au point 256 ci-dessus, ainsi que l'a admis la Commission lors de l'audience, il n'y avait pas à proprement parler d'obligation incombant à l'État en tant que puissance publique au sens de cette jurisprudence et il ne s'agissait pas d'apprécier certains coûts découlant pour l'État de ses obligations de puissance publique.

258 En effet, dès lors que, comme en l'espèce, l'État, actionnaire unique d'une entreprise, procède à une augmentation du capital de celle-ci, afin, notamment, de remédier aux déséquilibres affectant le bilan de cette entreprise, force est de constater qu'il adopte un comportement que pourrait avoir un investisseur privé et il ne saurait être a priori exclu qu'il puisse agir dans un but comparable à celui qu'aurait un tel investisseur. C'est afin d'établir si tel a bien été le cas, ce qui permettrait d'exclure la qualification d'aide de la mesure litigieuse, qu'il y a lieu de vérifier si le critère de l'investisseur privé est ou non satisfait, ce à quoi s'est refusée la Commission.

259 À cet égard, il convient de rappeler que, d'une part, l'article 4 de la loi nº 97-1026 avait pour but de restructurer le bilan et d'augmenter les capitaux propres d'EDF, ce qui tend à démontrer que l'État poursuivait un objectif d'investissement susceptible d'être comparé à celui d'un investisseur privé et que, d'autre part, le fait que l'augmentation de capital en cause résultait, pour partie, de la renonciation à une créance fiscale et qu'elle avait ainsi des incidences fiscales ne justifiait pas en soi d'écarter l'application du critère de l'investisseur privé. Dans ces circonstances, et eu égard au fait que l'intervention de la loi était requise pour effectuer les ajustements comptables conduisant à la modification

des capitaux propres de l'entreprise, il ne saurait être considéré en l'espèce que la forme de l'intervention de l'État excluait d'emblée l'application du critère de l'investisseur privé.

260 Deuxièmement, il y a également lieu de rejeter l'argumentation de la Commission consistant à soutenir que le critère de l'investisseur privé ne saurait s'appliquer à la conversion en capital d'une créance fiscale, puisqu'un investisseur privé ne pourrait jamais détenir une telle créance à l'égard d'une entreprise, mais uniquement une créance civile ou commerciale, et qu'il y aurait rupture d'égalité de traitement entre l'État et un tel investisseur si l'on procédait à une comparaison de ces deux situations. Faire droit à une telle argumentation reviendrait à considérer que ce n'est que si l'État détenait une créance civile ou commerciale à l'égard d'une entreprise qu'il pourrait réaliser une telle opération dans des conditions comparables à un investisseur privé.

261 Or, le critère de l'investisseur privé a précisément pour objectif de vérifier si, en dépit du fait que l'État dispose de moyens dont ne dispose pas un investisseur privé, ce dernier aurait, dans les mêmes circonstances, pris une décision d'investissement comparable à celle de l'État. La nature de la créance convertie en capital et, partant, le fait qu'un investisseur privé ne puisse détenir une créance fiscale sont dès lors indifférents en ce qui concerne la question de savoir si le critère de l'investisseur privé doit ou non être appliqué.

262 Cela conduit également à écarter l'argumentation de la Commission selon laquelle l'opération se résume à un « cadeau fiscal » fait à EDF et ne peut être considérée comme un investissement. En effet, comme tout créancier propriétaire d'une société, l'État peut renoncer à une créance en convertissant cette créance en capital pour un montant équivalent. Cette opération, par laquelle le propriétaire d'une société en augmente le capital en renonçant à une créance qu'il détient à l'égard de celle-ci, constitue une compensation qu'un investisseur privé avisé est susceptible d'effectuer également dans des conditions normales de marché.

263 Par conséquent, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, la Commission n'était pas fondée à écarter la thèse de la République française ainsi que l'application du critère de l'investisseur privé sur le fondement de son argumentation visée au point 262 ci-dessus.

264 Troisièmement, en ce qui concerne l'argumentation de la Commission selon laquelle un investisseur privé aurait, quant à lui, dû s'acquitter de l'impôt dans une situation comparable, d'une part, il convient de constater que la décision attaquée se borne à indiquer que « [l]'avantage est 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 ».

265 D'autre part, il convient de relever que, dans ses écritures et dans les réponses qu'elle a données aux questions qui lui ont été posées par le Tribunal, la Commission a avancé qu'un investisseur privé aurait préalablement dû payer l'impôt s'il avait entendu procéder à une augmentation de capital par incorporation d'une créance qu'il détenait à l'encontre d'une entreprise dont il était actionnaire. Selon la Commission, il en aurait dès lors nécessairement résulté un coût supérieur pour l'investisseur privé, puisque, pour octroyer 100 euros, un investisseur privé aurait dû mobiliser en réalité 141,66 euros. Selon la Commission, seul le paiement préalable de cet impôt l'aurait autorisée à faire application du critère de l'investisseur privé pour examiner la dotation en capital de 5,6 milliards de FRF.

266 Même s'il convient de relever que tant la République française qu'EDF ont reconnu que, en l'espèce, un impôt aurait été dû par EDF, il y a lieu de relever qu'elles contestent l'interprétation donnée par la Commission du droit fiscal français et de l'article 38, paragraphe 2, du code général des impôts, en particulier en ce qui concerne les conséquences fiscales d'un apport en capital réalisé par l'incorporation d'une créance par l'actionnaire d'une société.

267 La République française et EDF ont en effet soutenu, dans leurs réponses et dans leurs plaidoiries, que, aux termes de l'article 38, paragraphe 2, du code général des impôts, la

variation d'actif net entraînée par une augmentation de capital par incorporation d'une créance détenue à l'égard d'une entreprise par un actionnaire de l'entreprise ne doit pas être prise en compte pour le calcul de l'impôt sur les sociétés et que, par conséquent, aux termes de cette disposition, cette conversion de la créance en capital n'engendre pas d'imposition ayant pour assiette le montant de cette créance.

268 En premier lieu, il y a lieu de rappeler que, au paragraphe 51 de la décision d'ouverture, la Commission elle-même a considéré que, « étant donné […] que les augmentations de capital ne sont pas considérées comme constituant une augmentation du patrimoine net de la société aux fins du calcul de l'impôt sur les sociétés, [la] requalification [des droits du concédant en dotation en capital] a consolidé l'allègement fiscal dont [a bénéficié EDF sur ces provisions au cours des années 1987-1996] ».

269 Il semble par conséquent que, dans ce paragraphe de la décision d'ouverture, la Commission partageait, à tout le moins de manière générale, l'analyse de la République française et d'EDF sur les conséquences fiscales d'une variation d'actif net résultant d'une augmentation de capital par incorporation d'une créance. Dans cette perspective, le coût pour un investisseur privé en économie de marché et le coût pour l'État semblent identiques.

270 En deuxième lieu, l'argumentation de la Commission conduit en réalité à examiner le coût global que supporte un investisseur privé pour investir 14,119 milliards de FRF — montant correspondant aux droits du concédant — alors que le reclassement des droits du concédant, pour un montant de 14,119 milliards de FRF, n'a pas été considéré comme constitutif d'une aide par la Commission — pas plus que le fait de réputer EDF propriétaire du RAG, qui appartenait à l'origine à l'État —, seule la renonciation à percevoir l'impôt sur ces mêmes droits étant prise en considération dans la décision attaquée. L'argumentation de la Commission, qui aboutit en réalité à intégrer à l'analyse le montant de 14,119 milliards de FRF, est au demeurant en contradiction avec l'avantage tel que celle-ci l'a identifié dans la décision attaquée. Cette argumentation doit dès lors être écartée.

271 En troisième lieu, il convient d'observer que l'argumentation de la Commission est en tout état de cause dépourvue de cohérence. En effet, la Commission admet qu'elle aurait examiné la dotation complémentaire en capital de 5,6 milliards de FRF si EDF s'était préalablement acquittée de ce montant au titre de l'impôt, puis si la République française lui avait rétrocédé ce même montant, parce que le coût respectif pour l'État et pour l'investisseur privé aurait alors — et seulement alors — pu être comparé.

272 Or, il y a lieu de relever que, dans cette hypothèse, le coût aurait, en réalité, été le même pour l'État et le montant perçu par EDF aurait été le même que celui qu'elle a perçu dans le cadre de la solution retenue par la République française dans la loi nº 97-1026. En effet, par cette loi, l'État a procédé à une dotation en capital à concurrence de 14,119 milliards de FRF. Si l'on suit le raisonnement de la Commission, le coût de cette opération ne serait que de 14,119 milliards de FRF, tandis que, si EDF s'était acquittée de l'impôt, le coût pour l'État aurait été différent et le critère de l'investisseur privé aurait pu être appliqué. Toutefois, force est de constater que, si l'État avait injecté 14,119 milliards de FRF dans le capital d'EDF, puis avait perçu un impôt d'un montant de 5,6 milliards de FRF, avant de reverser ce dernier montant à EDF, le coût global pour l'État aurait toujours été de 14,119 milliards de FRF — le montant de l'impôt perçu étant neutralisé par le montant identique remboursé à EDF. Quant à EDF, elle aurait perçu un total de 14,119 milliards de FRF, c'est-à-dire un montant identique à celui perçu en application de la loi nº 97-1026.

273 En quatrième lieu, à supposer que l'interprétation du droit fiscal français à laquelle se livre la Commission — et, en particulier, l'interprétation de l'article 38, paragraphe 2, du code général des impôts — soit exacte et que l'interprétation des autorités françaises de ce même droit soit erronée, il y aurait lieu de considérer que le coût d'une dotation en capital par incorporation de créance par un investisseur privé, si celui-ci était effectivement tenu de payer l'impôt dans un tel cas, serait, pour lui, de 5,6 milliards de FRF.

274 Toutefois, il y a lieu d'observer que, en renonçant à percevoir un impôt pour un montant de 5,6 milliards de FRF, lors du reclassement des droits du concédant en dotation en capital, l'État aurait supporté un coût qui se serait élevé de toute évidence

également à 5,6 milliards de FRF, la renonciation à une créance fiscale n'étant pas dénuée de coût pour l'État, contrairement à ce que soutient la Commission. Il en aurait dès lors résulté de toute évidence un coût identique à celui supporté par l'investisseur privé. En conséquence, la différence de coût alléguée par la Commission n'apparaît pas établie, de même que les conséquences qu'elle en tire en ce qui concerne l'application du critère de l'investisseur privé.

275 En outre, il y a lieu d'observer que seule l'application du critère de l'investisseur privé permettrait de vérifier et, le cas échéant, d'établir l'existence d'une éventuelle différence de coût.

276 En cinquième lieu, même si le coût d'une recapitalisation à concurrence de 14,119 milliards de FRF — qui ne constitue pas une aide selon la Commission — était de 0 FRF pour l'État et que ce coût était de 5,6 milliards de FRF pour un investisseur privé, cette différence de coût n'empêcherait pas, en tout état de cause, d'appliquer le critère de l'investisseur privé. Il appartiendrait en effet en ce cas à la Commission de vérifier, en faisant application de ce critère, si un tel investisseur privé aurait supporté un coût de 5,6 milliards de FRF pour procéder à une telle recapitalisation et il ne saurait être exclu que, au terme de cet examen, la Commission aboutisse à la conclusion que tel ne serait pas le cas, mais cela suppose préalablement qu'elle procède à cette analyse.

277 Enfin, pour autant que, par cet argument, la Commission s'attache en réalité, d'une part, à démontrer qu'il en aurait résulté un coût différent pour EDF, contrainte de payer l'impôt dans un cas et non dans l'autre, cela étant susceptible d'affecter la valeur de l'entreprise et, d'autre part, en cas de paiement de l'impôt, à exclure qu'un investisseur privé aurait effectivement investi un tel montant dans l'entreprise alors que l'État se contentait de renoncer à sa créance fiscale, force est de constater que cet argument a pour objet d'établir que le coût de l'investissement et ses éventuelles perspectives de rendement étaient différents pour l'État et pour un investisseur privé. Or, pour prendre cet élément en considération, il aurait fallu appliquer le critère de l'investisseur privé, ce que la Commission s'est refusée à faire.

278 Quatrièmement, doit être écarté l'argument présenté lors de l'audience par la Commission, selon lequel il n'y aurait en tout état de cause pas eu d'investisseur privé de référence ayant pu mobiliser des capitaux aussi importants que l'État, car, tout d'abord, la Commission n'a nullement établi l'absence d'investisseur privé de référence auquel comparer en l'espèce l'investisseur public. Ensuite, l'absence d'investisseur privé de référence n'empêche pas qu'il faille examiner l'opération à la lumière des « conditions normales du marché », celles-ci, qui sont alors nécessairement hypothétiques, devant s'apprécier par référence aux éléments objectifs et vérifiables qui sont disponibles (voir, en ce sens, arrêt Chronopost e.a./Ufex e.a., point 172 supra, point 38).

279 Cinquièmement, il y a lieu de constater que la Commission n'a avancé aucun élément à l'appui de son argumentation — développée pour la première fois lors de l'audience et contestée par la République française — selon laquelle une augmentation de capital ne pourrait, en droit français, être réalisée par incorporation d'une créance fiscale. Cette argumentation ne saurait dès lors être retenue.

280 Sixièmement, l'argumentation de la Commission — avancée également pour la première fois lors de l'audience — selon laquelle l'impôt aurait dû apparaître au bilan de l'entreprise doit être rejetée pour deux motifs.

281 D'une part, cette argumentation vise en réalité à reprocher à la République française un manquement 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). À supposer qu'un tel manquement ait pu être reproché à la République française, il n'en demeure pas moins que celui-ci est sans lien avec l'argumentation développée par la Commission aux considérants 96 et 97 de la décision attaquée et n'influe pas sur la question de savoir s'il convenait d'appliquer le critère de l'investisseur privé.

282 D'autre part, la Commission n'a pas été en mesure d'expliquer dans quel bilan aurait dû apparaître l'impôt qui était dû. En effet, avant que soit adoptée la loi n° 97-1026 et qu'EDF soit réputée propriétaire du RAG, aucun impôt n'était dû. Ensuite, la République française ayant renoncé à percevoir l'impôt, celui-ci n'était plus dû et n'aurait par conséquent pas pu apparaître au bilan comme une dette de l'entreprise.

283 Enfin, septièmement, en ce qui concerne l'argumentation de la Commission selon laquelle admettre l'application du critère de l'investisseur privé pourrait conduire à valider toute forme d'exonération fiscale opérée par les États membres, car elles satisferaient toujours à ce critère, en premier lieu, il y a lieu de rappeler que l'on n'est pas en présence d'une simple exonération fiscale accordée à une entreprise, mais bien de la renonciation à une créance fiscale dans le cadre d'une augmentation de capital d'une entreprise dont l'État est seul actionnaire. En deuxième lieu, l'on ne saurait préjuger du résultat de l'application de ce critère, à défaut de quoi il serait inutile ou inapproprié. En troisième lieu, en tout état de cause, il ne saurait être exclu que, en l'espèce, l'application du critère de l'investisseur privé puisse conduire à considérer que l'intervention de l'État ne correspondait pas au comportement qu'aurait pu avoir un investisseur privé. L'argumentation de la Commission est dès lors dépourvue de pertinence.

284 En conclusion, aucun argument avancé par la Commission, soutenue par Iberdrola, ne saurait être retenu et il y a lieu de considérer que, en refusant d'examiner la mesure litigieuse dans son contexte et d'appliquer le critère de l'investisseur privé, la Commission a commis une erreur de droit et a violé l'article 87 CE.

285 Dès lors que le Tribunal a constaté que c'était à tort que la Commission avait écarté l'application de ce critère, il appartient à celle-ci de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt. Le juge communautaire, saisi d'un recours en annulation, n'est en effet pas compétent, en matière d'aides d'État, pour réformer les décisions dont il

contrôle la légalité et, en l'occurrence, pour procéder lui-même à l'analyse qu'implique l'application du critère de l'investisseur privé. Si elle l'estime fondé, il appartient donc à la Commission d'adopter une nouvelle décision dans le respect des considérations développées aux points 220 à 253 ci-dessus.

286 Au vu des considérations qui précèdent, il y a lieu d'annuler les articles 3 et 4 de la décision attaquée pour violation de l'article 87 CE, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres moyens et branches de moyens soulevés par la requérante, ni les demandes de mesure d'organisation de la procédure relatives au « Rapport Oxera ».

Sur les dépens

287 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, il y a lieu de la condamner à supporter les dépens de la requérante, conformément aux conclusions de cette dernière.

288 Aux termes de l'article 87, paragraphe 4, premier alinéa, les États membres qui sont intervenus au litige supportent leurs dépens. Il s'ensuit que la République française supportera ses propres dépens.

289 Aux termes de l'article 87, paragraphe 4, troisième alinéa, le Tribunal peut ordonner qu'une partie intervenante supportera ses propres dépens. En l'espèce, Iberdrola, intervenue au soutien de la Commission, supportera ses propres dépens.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (troisième chambre)

déclare et arrête :

1) Les articles 3 et 4 de la décision de la Commission relative à des mesures d'aide en faveur d'EDF et du secteur des industries électriques et gazières (C 68/2002, N 504/2003 et C 25/2003), adoptée le 16 décembre 2003, sont annulés.

2) La Commission européenne supportera ses propres dépens ainsi que ceux d'Électricité de France (EDF).

3) La République française supportera ses propres dépens.

4) Iberdrola, SA supportera ses propres dépens.

Azizi Cremona Frimodt Nielsen

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 15 décembre 2009.

Signatures

Table des matières

Cadre juridique . . . . . II - 4510

Règles du traité CE . . . . . II - 4510

Règlement (CE) nº 659/1999 . . . . . II - 4511

Droit français applicable . . . . . II - 4513

Faits à l'origine du litige . . . . . II - 4514

Contexte général de l'affaire . . . . . II - 4514

Procédure administrative . . . . . II - 4521

Décision attaquée . . . . . II - 4524

Procédure et conclusions des parties . . . . . II - 4531

En droit . . . . . II - 4534

Sur le premier moyen, tiré, d'une part, de la violation de l'article 20 du règlement nº 659/1999 et, d'autre part, de la violation des droits de la défense . . . . . II - 4536

Arguments des parties . . . . . II - 4536

Appréciation du Tribunal . . . . . II - 4541

— Sur la violation des droits de la défense . . . . . II - 4541

— Sur la violation des droits procéduraux du bénéficiaire de l'aide en tant que partie intéressée . . . . . II - 4542

Sur le deuxième moyen, tiré de la violation par la Commission de l'article 87 CE . . . . . II - 4545

Sur la première branche, tirée de la méconnaissance de la «sous-compensation» des coûts de service public supportés par EDF . . . . . II - 4545

— Arguments des parties . . . . . II - 4545

— Appréciation du Tribunal . . . . . II - 4547

Sur la deuxième branche, tirée de l'absence d'affectation des échanges entre États membres . . . . . II - 4549

— Arguments des parties . . . . . II - 4549

— Appréciation du Tribunal . . . . . II - 4552

Sur la troisième branche du deuxième moyen, tirée, d'une part, de la qualification de dotation en capital des mesures en cause et, d'autre part, du comportement d'investisseur privé avisé en économie de marché adopté par l'État dans le cadre de leur mise en œuvre . . . . . II - 4554

— Arguments des parties . . . . . II - 4554

— Appréciation du Tribunal . . . . . II - 4569

Sur les dépens . . . . . II - 4587