

ARRÊT DE LA COUR (grande chambre)

5 juin 2012 (\*)

«Pourvoi — Aides d'État — Renonciation à une créance fiscale — Exonération de l'impôt sur les sociétés — Augmentation du capital social — Comportement de l'État en tant qu'investisseur privé avisé dans une économie de marché — Critères permettant de distinguer l'État agissant en tant qu'actionnaire de l'État exerçant ses prérogatives de puissance publique — Définition de l'investisseur privé de référence — Principe d'égalité de traitement — Charge de la preuve»

Dans l'affaire C-124/10 P,

ayant pour objet un pourvoi au titre de l'article 56 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, introduit le 26 février 2010,

**Commission européenne**, représentée par MM. E. Gippini Fournier, B. Stromsky et D. Grespan, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie requérante,

soutenue par:

**Autorité de surveillance AELE**, représentée par MM. X. Lewis et B. Alterskjær, en qualité d'agents,

partie intervenante au pourvoi,

les autres parties à la procédure étant:

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

partie demanderesse en première instance,

**République française**, représentée par MM. G. de Bergues et J. Gstalter, en qualité d'agents,

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

parties intervenantes en première instance,

LA COUR (grande chambre),

composée de M. V. Skouris, président, MM. A. Tizzano, J. N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot et M. Safjan, présidents de chambre, MM. K. Schiemann, E. Juhász, G. Arestis, A. Borg Barthet, A. Arabadjiev (rapporteur), D. Šváby et Mme M. Berger, juges,

avocat général: M. J. Mazák,

greffier: Mme R. ?ere?, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 12 juillet 2011,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 20 octobre 2011,

rend le présent

## **Arrêt**

1 Par son pourvoi, la Commission européenne demande l'annulation de l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 15 décembre 2009, EDF/Commission (T-156/04, Rec. p. II-4503, ci-après l'«arrêt attaqué»), par lequel celui-ci a annulé les articles 3 et 4 de la décision 2005/145/CE de la Commission, du 16 décembre 2003, relative aux aides d'État accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières (JO 2005, L 49, p. 9, ci-après la «décision litigieuse»).

### **Le cadre juridique**

2 L'article 38, paragraphe 2, du code général des impôts français 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.»

3 L'article 4, paragraphes I et II, de la loi no 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 [(ci-après 'EDF')] 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 du bilan d'[EDF] est inscrite, nette des écarts de réévaluation correspondants, au poste 'Dotations en capital'.»

### **Les antécédents du litige**

#### *Le contexte général de l'affaire*

4 EDF produit, transporte et distribue de l'électricité, notamment sur l'ensemble du territoire français. Établie par la loi no 46-628, du 8 avril 1946, sur la nationalisation de l'électricité et du gaz (JORF du 9 avril 1946, p. 2651), EDF était entièrement détenue par l'État au moment de l'adoption, au cours de l'année 2002, de la décision d'ouvrir la procédure prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE.

5 L'article 36 de la loi no 46-628 a fixé le principe du transfert à EDF des concessions d'électricité nationalisées. 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»).

6 L'application à EDF du plan comptable général de 1982, qui comportait des règles comptables spécifiques aux concessions, a conduit, à partir de l'année 1987, à 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».

7 En application dudit plan comptable général, un plan comptable propre à EDF a été établi et approuvé par l'arrêté interministériel du 21 décembre 1986 (JORF du 30 décembre 1986, p. 15794).

8 En application de ce dernier plan comptable, le RAG a été inscrit à l'actif du bilan d'EDF au poste intitulé «Immobilisations corporelles du domaine concédé» et des provisions spécifiques au titre du renouvellement des immobilisations concédées, destinées à permettre au concessionnaire de remettre au concédant ces biens en parfait état à la fin de la concession, ont été constituées entre 1987 et 1996.

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

10 En 1994, la Cour des comptes française a considéré comme irrégulier le statut patrimonial du RAG et, par conséquent, ledit plan comptable. 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.

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

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

- à l'actif figurait un poste intitulé «Immobilisations corporelles du domaine concédé» à hauteur de 285,7 milliards de FRF, dont environ 90 milliards au titre du RAG;
- au passif figurait un poste intitulé «Provisions» doté d'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.

13 En application de l'article 4 de la loi no 97-1026, la restructuration du haut de bilan d'EDF a été communiquée à EDF, le 22 décembre 1997, par une 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 et, en particulier, par son annexe 1. Les conséquences fiscales de cette restructuration étaient exposées à l'annexe 3 de cette lettre. Au point 34 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a résumé les opérations effectuées dans le cadre de ladite restructuration comme 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.

#### *La procédure administrative et la décision litigieuse*

14 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.

15 Par la suite, des échanges ont eu lieu entre la Commission et les autorités françaises, parmi lesquels figure une lettre du 9 avril 2002, adressée à la Commission par les autorités françaises, à laquelle était annexée une note non datée de la direction générale des impôts du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, dans laquelle il était notamment indiqué ce qui suit:

«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 %) [soit 888,89 millions d'euros, selon la conversion réalisée par la Commission sur la base du taux de change FRF/euro en date du 22 décembre 1997].»

16 Par lettre du 16 octobre 2002, publiée au *Journal officiel des Communautés européennes* du 16 novembre 2002 (JO C 280, p. 8), la Commission a notifié aux autorités françaises trois décisions conjointes concernant EDF. En particulier, conformément à l'article 88, paragraphe 2, CE, la Commission a adopté une décision d'ouverture de 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'impôt pour le renouvellement du RAG.

17 Par la suite, de nouveaux échanges ont eu lieu entre les autorités françaises et la Commission, parmi lesquels figure une lettre du 9 décembre 2002 adressée à la Commission par les autorités françaises, dans laquelle il est notamment indiqué ce qui suit:

«2. La réforme comptable de 1997 peut s'analyser comme une dotation complémentaire en capital, d'un montant équivalent à l'exonération partielle d'impôt, dont le but a été également de corriger une sous-capitalisation.

[...]

Les droits du concédant 'RAG' étaient antérieurement à 1997 déjà considérés comme des quasi-fonds propres du fait de la situation particulière résultant de la double qualité de l'État vis-à-vis d'EDF: autorité concédante et propriétaire. Dans ces conditions, il était implicite que les droits du

concedant ne constituaient pas une dette réellement exigible d'EDF vis-à-vis de l'État.

Dès lors, à l'occasion de la restructuration du bilan en 1997, à laquelle ont participé le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et les secrétaires d'État au Budget et à l'Industrie, EDF et l'État ont souhaité affecter les quasi-fonds propres en capital, abstraction faite de la perception de l'impôt sur les sociétés.

Dans cet esprit, il a été jugé plus efficace et neutre pour les pouvoirs publics d'affecter directement les droits du concedant en fonds propres pour leur montant total plutôt que d'effectuer l'opération de nature équivalente qui aurait consisté à:

- affecter en capital un montant net après impôt sur les sociétés;
- solliciter le versement par EDF de l'impôt sur les sociétés correspondant à la variation d'actif net;
- procéder à une dotation complémentaire en capital d'un montant équivalent à l'impôt payé.

Une telle dotation complémentaire était justifiée par les perspectives de rentabilité offertes par EDF en 1997, qui se sont d'ailleurs concrétisées pendant les années suivantes. Dans des circonstances comparables, un investisseur privé en économie de marché aurait procédé à un tel apport en capital.

Par ailleurs, il peut être rappelé que la remise en ordre comptable des provisions pour renouvellement du RAG a été réalisée [...] également pour rétablir une structure de bilan plus conforme aux entreprises de secteurs industriels comparables.»

18 Le 16 décembre 2003, la Commission a adopté la décision litigieuse.

19 L'article 3 de cette décision 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 concedant 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.»

20 L'article 4 de ladite décision prévoit notamment:

«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.»

21 En ce qui concerne l'avantage fiscal dont aurait bénéficié EDF en 1997, la Commission a, dans les motifs de la même décision, considéré, notamment, ce qui suit:

«(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 no 97-1026 [...], une partie de ces provisions, les droits du concedant, 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. [...] Dans une note de la direction générale des impôts en date du 9 avril 2002, adressée à la Commission, les autorités françaises [...] constatent que 'l'avantage en impôts ainsi obtenu [en 1997 par EDF] peut être évalué à 5,88 milliards de [FRF] (14,119 × 41,66 %)', soit 888,89 millions d'euros [...].

[...]

(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.

[...]

(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. [...]

(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.»

22 Au point 51 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a indiqué que, eu égard aux intérêts calculés en application de l'article 4 de la décision litigieuse, le montant total dont la restitution a été demandée à EDF s'est élevé à 1,217 milliard d'euros et qu'EDF avait remboursé cette somme à l'État français.

### **La procédure devant le Tribunal et l'arrêt attaqué**

23 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 27 avril 2004, EDF a introduit un recours tendant à l'annulation des articles 3 et 4 de la décision litigieuse.

24 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.

25 Par acte enregistré au greffe du Tribunal le 3 mars 2008, Iberdrola SA (ci-après «Iberdrola») a demandé à intervenir au soutien des conclusions de la Commission. 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, Iberdrola a été admise, par ordonnance du 5 juin 2008, à présenter lors de la procédure orale ses observations au soutien des conclusions de la Commission.

26 À l'appui de son recours, EDF a soulevé trois moyens à titre principal et deux moyens à titre subsidiaire.

27 Le Tribunal a limité son examen au premier moyen et aux trois premières branches du deuxième moyen soulevés à titre principal. En effet, par l'arrêt attaqué, il a rejeté le premier moyen ainsi que les deux premières branches du deuxième moyen. En revanche, le Tribunal a accueilli la troisième branche du deuxième moyen et a, par conséquent, annulé les articles 3 et 4 de la décision litigieuse.

28 Par cette troisième branche du deuxième moyen de son recours, EDF a fait valoir que les mesures en cause auraient dû être qualifiées de dotation en capital et être analysées dans un contexte global de clarification des relations financières entre l'État français et EDF. En mettant ces mesures en œuvre, cet État se serait comporté comme un investisseur privé avisé dans une économie de marché, ce que la Commission aurait dû vérifier, par application du critère de l'investisseur privé.

29 La République française est intervenue au soutien des conclusions d'EDF, s'agissant, notamment, de ladite troisième branche. Iberdrola est intervenue au soutien des conclusions de la Commission relatives à la même branche.

30 Aux points 233 à 237 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a considéré que, afin de déterminer s'il incombait ou non à la Commission d'examiner l'intervention de l'État français dans le capital d'EDF au regard du critère de l'investisseur privé, il convenait d'établir si ladite intervention, au vu de sa nature et de son objet et compte tenu de l'objectif poursuivi, constituait un investissement réalisable par un investisseur privé, et était donc effectuée par cet État en tant qu'opérateur économique agissant au même titre qu'un investisseur privé, ou si elle constituait une intervention de l'État en tant que puissance publique, excluant ainsi l'application dudit critère. En particulier, le Tribunal a estimé qu'il ne convenait pas d'examiner la mesure en cause en fonction seulement de sa forme, le recours à une loi ne suffisant pas, à lui seul, à écarter le fait que l'intervention de l'État dans le capital d'une entreprise poursuive un objectif économique que pourrait également poursuivre un investisseur privé.

31 Aux points 240 à 242 de cet arrêt, le Tribunal a rappelé que les «droits du concédant» ont été affectés directement au poste de dotations en capital pour un montant de 14,119 milliards de FRF sans transiter par le compte de résultat. Il a souligné que la Commission avait considéré que seule l'absence d'imposition desdits droits avant la dotation en capital constituait une aide d'État, toutes les parties s'étant accordées pour considérer qu'un impôt était dû sur le montant de 14,119 milliards de FRF avant qu'il ne soit inscrit au poste intitulé «Dotation en capital».

32 Aux points 243 à 245 dudit arrêt, le Tribunal a estimé que la mesure en cause, ayant pour objet de restructurer le bilan d'EDF et d'augmenter les fonds propres de celle-ci, constituait non

pas une disposition de nature fiscale en soi, mais une disposition de nature comptable ayant des incidences fiscales. Toutefois, il a constaté que la Commission n'avait examiné que les incidences fiscales de ladite mesure et qu'elle avait précisé que, en raison du caractère fiscal de l'avantage qu'elle avait identifié, il ne lui appartenait de prendre en considération ni l'augmentation de capital réalisée ni le critère de l'investisseur privé, une renonciation à une créance fiscale, telle que celle en cause, résultant de l'exercice de prérogatives de puissance publique.

33 Aux points 247 à 250 du même arrêt, le Tribunal a considéré que, compte tenu de l'objectif de recapitalisation d'EDF poursuivi par la mesure en cause, la seule nature fiscale de la créance litigieuse ne permettait pas à la Commission d'écarter l'application du critère de l'investisseur privé. Selon lui, il était fait obligation à la Commission de vérifier la rationalité économique de l'investissement en question, en appréciant si un investisseur privé aurait procédé à un investissement comparable dans son montant au profit d'EDF, dans les mêmes circonstances. En effet, une telle obligation s'imposerait à la Commission, indépendamment de la forme sous laquelle les capitaux ont été apportés par l'État.

34 Aux points 251 et 252 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a précisé qu'il ne saurait être exclu que la forme prise par l'investissement en cause induise des différences 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. Or, cela présupposerait la réalisation d'une analyse économique dans le cadre de l'application du critère de l'investisseur privé. En effet, selon le Tribunal, une telle analyse était justifiée, dès lors que, d'une part, une augmentation de capital pouvait résulter de l'incorporation d'une créance détenue par un actionnaire privé à l'égard de l'entreprise et que, d'autre part, le recours à une loi à cet effet pouvait être considéré comme la conséquence nécessaire du fait que les règles relatives au capital d'EDF étaient elles-mêmes fixées par la loi.

35 Partant, au point 253 de cet arrêt, le Tribunal a conclu que, eu égard à la nécessité d'apprécier la mesure litigieuse dans son contexte, la Commission ne pouvait se limiter à examiner ses incidences fiscales, mais devait simultanément examiner le bien-fondé de l'argumentation 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 pouvait satisfaire au critère de l'investisseur privé.

36 Par la suite, le Tribunal a rejeté, aux points 254 à 259 dudit arrêt, l'argument de la Commission selon lequel 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 à une créance fiscale. À cet égard, il a considéré que, en l'espèce, il n'existait pas d'obligation incombant à l'État en tant que puissance publique et qu'il ne s'agissait pas d'apprécier certains coûts découlant pour l'État de ses obligations de puissance publique.

37 Aux points 260 à 263 du même arrêt, le Tribunal a écarté l'argument 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 pourrait détenir, à l'égard d'une entreprise, non pas une telle créance, mais uniquement une créance civile ou commerciale. Or, selon le Tribunal, le critère de l'investisseur privé a 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 conditions, pris une décision d'investissement comparable. Dès lors, seraient indifférents la nature de la créance et le fait qu'un investisseur privé ne puisse détenir une créance fiscale.

38 Aux points 264 à 277 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a rejeté l'argument de la Commission selon lequel un investisseur privé aurait, quant à lui, dû s'acquitter de l'impôt dans une situation comparable, ce qui aurait entraîné un coût supérieur pour celui-ci, puisque, pour octroyer 100

euros, un tel investisseur aurait dû mobiliser en réalité 141,66 euros.

39 À cet égard, premièrement, le Tribunal a relevé qu'EDF et la République française avaient soutenu et que la Commission avait elle-même estimé, au paragraphe 51 de la décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen mentionnée au point 16 du présent arrêt, que, en vertu du droit fiscal français, 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 cette dernière ne devait pas être prise en compte pour le calcul de l'impôt sur les sociétés et que, par conséquent, cette conversion de créance en capital n'engendrait pas d'imposition ayant pour assiette le montant de cette créance.

40 Deuxièmement, le Tribunal a estimé que l'argument de la Commission était en contradiction avec l'avantage qu'elle avait identifié dans la décision litigieuse dès lors que cet argument conduisait à examiner le coût global que supportait un investisseur privé pour investir 14,119 milliards de FRF alors que le reclassement des droits du concédant, pour ce montant, n'avait pas été considéré comme constitutif d'une aide par la Commission.

41 Troisièmement, le Tribunal a considéré l'argument de la Commission comme étant dépourvu de cohérence dès lors qu'elle admettait qu'elle aurait examiné la dotation complémentaire en capital de 5,88 milliards de FRF, montant que le Tribunal a erronément indiqué comme étant de 5,6 milliards de FRF, si EDF s'était acquittée de ce montant au titre de l'impôt puis si l'État français lui avait rétrocédé ce même montant, au motif que les coûts supportés par cet État auraient alors — et seulement alors — pu être comparés avec ceux d'un investisseur privé. Or, le Tribunal a estimé que, dans cette hypothèse, le coût aurait été le même pour ledit État et le montant perçu par EDF aurait été le même que celui que cette dernière a perçu au moyen de la mesure litigieuse.

42 Quatrièmement, le Tribunal a estimé que, à supposer qu'un investisseur privé fût effectivement tenu de payer l'impôt, le coût d'une dotation en capital par incorporation de créance aurait été, pour celui-ci, de 5,88 milliards de FRF et, partant, identique à celui supporté, en l'espèce, par l'État français. En outre, seule l'application du critère de l'investisseur privé aurait permis de vérifier l'existence d'une éventuelle différence de coût.

43 Cinquièmement, le Tribunal a considéré que, même si le coût d'une recapitalisation à concurrence de 14,119 milliards de FRF était nul pour l'État français et que ce coût était de 5,88 milliards de FRF pour un investisseur privé, cette différence de coût ne s'opposait pas à une application du critère de l'investisseur privé.

44 Au point 283 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a écarté l'argument de la Commission selon lequel le fait d'admettre l'application du critère de l'investisseur privé pourrait conduire à valider toute forme d'exonération fiscale opérée par les États membres. À cet égard, le Tribunal, d'une part, a rappelé que, en l'espèce, il s'agissait non pas, selon lui, d'une simple exonération fiscale accordée à une entreprise, mais de la renonciation à une créance fiscale dans le cadre d'une augmentation de capital d'une entreprise dont l'État était le seul actionnaire et, d'autre part, a estimé qu'il ne saurait être préjugé du résultat de l'application de ce critère, faute de quoi ce dernier ne serait d'aucune utilité.

### **La procédure devant la Cour**

45 Par acte déposé au greffe de la Cour le 29 juillet 2010, l'Autorité de surveillance AELE a demandé à intervenir au soutien des conclusions de la Commission.

46 Par ordonnance du 2 septembre 2010, le président de la Cour a admis cette intervention.

### **Les conclusions des parties**

47 La Commission conclut à ce que la Cour:

- annule l'arrêt attaqué en tant que, par celui-ci, le Tribunal a annulé les articles 3 et 4 de la décision litigieuse et a condamné la Commission à supporter ses propres dépens ainsi que ceux d'EDF;
- rejette la troisième branche du deuxième moyen soulevé par EDF en première instance;
- renvoie l'affaire devant le Tribunal pour un nouvel examen, et
- réserve les dépens de l'instance.

48 L'Autorité de surveillance AELE conclut à ce que la Cour:

- accueille le pourvoi et annule l'arrêt attaqué, et
- renvoie l'affaire devant le Tribunal.

49 Iberdrola conclut à ce que la Cour:

- accueille le pourvoi et annule l'arrêt attaqué;
- rejette la troisième branche du deuxième moyen soulevé par EDF;
- renvoie l'affaire devant le Tribunal, et
- condamne EDF aux dépens, y compris ceux exposés par Iberdrola.

50 EDF et la République française concluent à ce que la Cour:

- rejette le pourvoi, et
- condamne la Commission aux dépens.

### **Sur le pourvoi**

51 À l'appui de son pourvoi, la Commission soulève deux moyens tirés, le premier, d'une dénaturation des faits et, le second, d'une erreur de droit dans l'interprétation de l'article 87 CE et, plus particulièrement, dans la détermination du champ d'application et du contenu du critère de l'investisseur privé avisé dans une économie de marché.

52 Il convient d'examiner, en premier lieu, le second moyen.

*Sur le second moyen, tiré d'une erreur de droit dans l'interprétation de l'article 87 CE*

53 Le second moyen se divise en quatre branches, qu'il convient d'examiner ensemble.

#### **Argumentation des parties**

54 Par la première branche du second moyen, la Commission fait valoir que le Tribunal a commis une erreur de droit en se fondant sur l'objectif poursuivi par l'État français pour déterminer

s'il avait agi en tant qu'actionnaire ou en tant que puissance publique. En effet, l'article 87, paragraphe 1, CE n'établirait pas de distinction en fonction des objectifs poursuivis par les interventions étatiques.

55 La Commission soutient que le critère fondé sur l'intention dudit État membre ne permet pas d'établir une distinction entre les interventions de l'État actionnaire et celles de l'État agissant en tant que puissance publique. Selon cette institution, ce critère présente un caractère subjectif et se prête à des manipulations.

56 Par la deuxième branche du second moyen, la Commission considère, en premier lieu, que le Tribunal n'a pas cherché à établir si le comportement adopté par l'État français était comparable à celui d'un investisseur privé car son analyse viserait non pas le «schéma court» prévu par la loi no 97-1026 mais le «schéma long» consistant, tout d'abord, à affecter au poste «Dotation en capital» un montant net d'impôt, ensuite, à solliciter d'EDF le versement d'un impôt correspondant à la variation de l'actif net et, enfin, à procéder à une dotation complémentaire en capital d'un montant égal audit impôt.

57 Or, selon la Commission, le choix de l'un ou de l'autre de ces processus n'est pas indifférent, dès lors que, dans le «schéma long», le budget de l'État garantirait la transparence, alors que, dans le «schéma court», appliqué en l'espèce, les ressources engagées échapperaient à toute discipline budgétaire. Ainsi, l'égalité face à l'impôt aurait été rompue car EDF aurait bénéficié d'un traitement particulier en dehors de toute transparence.

58 En deuxième lieu, la Commission reproche au Tribunal de n'avoir pas pris en compte la nécessité de définir un investisseur privé de référence, la jurisprudence prévoyant la définition d'un terme de comparaison réel existant dans l'économie de marché. En effet, selon cette institution, la Cour a exclu du champ d'application du critère de l'investisseur privé les situations dans lesquelles il n'existe aucun opérateur réel auquel le comportement de l'État puisse être comparé.

59 En troisième lieu, la Commission estime que le comportement de l'État français n'aurait pas pu être adopté par un investisseur privé, dès lors que ce dernier aurait dû payer l'impôt sur les sociétés et n'aurait pas pu convertir celui-ci en capital. Seul l'État, en qualité d'autorité fiscale aurait encore pu disposer de la somme en cause. Or, le critère de l'investisseur privé viserait à vérifier si un investissement privé aurait pu être effectué dans des conditions similaires.

60 En quatrième lieu, la Commission estime que le critère de l'investisseur privé, tel qu'envisagé par le Tribunal, vise à examiner tout comportement de l'État sous le seul angle de la rentabilité, ce qui permettrait aux entreprises publiques de tirer des avantages de la qualité de leur propriétaire.

61 Par la troisième branche du second moyen, la Commission soutient que, en raison de la prise en compte de ce seul angle de la rentabilité et de la possibilité pour l'État d'utiliser ses prérogatives de puissance publique, l'analyse faite par le Tribunal viole le principe d'égalité de traitement entre entreprises publiques et privées, engendre des distorsions de concurrence contraires aux articles 295 CE et 87 CE et va à l'encontre de l'objectif poursuivi par le critère de l'investisseur privé. En effet, ce critère deviendrait un moyen d'exclure la qualification d'aide en ce qui concerne des mesures qu'un investisseur privé ne pourrait adopter.

62 Par la quatrième branche du second moyen, la Commission fait valoir, en premier lieu, que le Tribunal a méconnu les règles relatives à la dévolution de la charge de la preuve. Selon elle, lorsque toutes les autres conditions requises pour que soit constatée l'existence d'une aide d'État sont remplies, il incombe à l'État membre qui se prévaut de l'exception tirée du critère de

l'investisseur privé d'apporter la démonstration que les conditions posées pour que cette exception soit admise sont réunies.

63 Or, il serait constant que les autorités françaises se sont bornées, au cours de la procédure administrative, à invoquer des perspectives de rentabilité sans qu'aucune donnée n'ait été produite à l'appui de leurs allégations. En outre, aucun élément du dossier n'aurait indiqué que l'État français avait envisagé la rentabilité potentielle de l'exonération d'impôt litigieuse. Dans ces conditions, la Commission estime qu'elle ne pouvait être tenue de procéder à un examen de l'exonération fiscale en cause à la lumière dudit critère.

64 En second lieu, la Commission rappelle que la légalité d'une décision en matière d'aides d'État doit être appréciée en fonction des éléments d'information dont elle pouvait disposer au moment de l'adoption de cette décision. Or, il résulterait de ce qui précède que, à ce moment, la Commission ne disposait d'aucun élément susceptible de démontrer la pertinence du critère de l'investisseur privé.

65 Iberdrola reprend l'argumentation de la Commission et ajoute, en ce qui concerne la première branche du second moyen, que, en ayant accordé une place centrale à l'objectif poursuivi par l'État, le Tribunal a ignoré la distinction existant entre l'État actionnaire et l'État agissant en tant que puissance publique. Ainsi, l'inégalité existant entre les moyens dont dispose un opérateur privé et ceux de l'État s'effacerait derrière la convergence possible des objectifs poursuivis.

66 Iberdrola précise qu'aucun opérateur privé n'a le pouvoir de déterminer les conditions auxquelles est soumis l'assujettissement à l'impôt et elle estime que, une activité économique consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné, l'exercice d'un pouvoir en matière fiscale ne fait pas partie d'une telle activité. Iberdrola ajoute que le fait d'interdire à l'État d'utiliser le pouvoir qu'il détient en matière fiscale au profit des entreprises publiques n'entraîne aucune discrimination, l'État pouvant toujours procéder à un apport en capital.

67 S'agissant de la deuxième branche du second moyen, Iberdrola précise que, si l'État français avait perçu l'impôt puis avait intégré ce dernier dans son budget, il n'est pas certain que l'apport du montant litigieux au capital d'EDF aurait été réalisé, dès lors que les procédures, les contrôles et les arbitrages prévus pour la mise en œuvre d'une décision relative à un tel apport auraient été différents de ceux auxquels a donné lieu l'exonération fiscale en cause.

68 S'agissant de la troisième branche du second moyen, Iberdrola soutient que la séparation établie entre les activités d'actionnaire et celles relevant de prérogatives de puissance publique de l'État vise à prévenir un conflit d'intérêts et à préserver l'égalité des chances entre opérateurs. Or, la logique retenue par le Tribunal permettrait aux États membres d'utiliser leurs prérogatives pour exonérer les entreprises publiques de certaines obligations pesant sur les opérateurs privés.

69 L'Autorité de surveillance AELE reprend l'argumentation de la Commission et d'Iberdrola. En ce qui concerne la première branche du second moyen, elle estime que, même si elles pouvaient être déterminées avec certitude, les intentions de l'État ne devraient pas être prises en compte. Il conviendrait de déterminer, sur la base de critères objectifs et vérifiables, si l'État a agi en tant qu'autorité publique ou en tant qu'investisseur privé.

70 L'Autorité de surveillance AELE relève que l'État perçoit des impôts dans le cadre de l'exercice de l'autorité publique et elle considère que, partant, la renonciation aux dettes fiscales s'effectue dans le même cadre. Or, un comportement tel que celui de l'État ne pourrait être comparé à celui d'un investisseur privé.

71 S'agissant de la deuxième branche du second moyen, l'Autorité de surveillance AELE souligne que la dette d'EDF envers l'État français était non pas commerciale ou contractuelle mais fiscale. Selon ladite Autorité, le Tribunal aurait dû, au lieu de comparer un comportement subjectif fictif de l'État français à celui d'un investisseur privé hypothétique, comparer le comportement réel de cet État à celui non pas d'un créancier mais d'un investisseur existant sur le marché.

72 L'Autorité de surveillance AELE précise que la crise financière a démontré que, dans ce type de situations, il conviendrait d'appliquer un critère clair et facile à mettre en œuvre, fondé sur des éléments objectifs, susceptibles de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Or, l'approche adoptée par le Tribunal ne répondrait pas à cette exigence.

73 En ce qui concerne la quatrième branche du second moyen, l'Autorité de surveillance AELE souligne que le renversement de la charge de la preuve imposé par le Tribunal place les institutions chargées de contrôler les aides d'État dans une position difficile, dès lors qu'elles ne seraient en mesure de prendre leurs décisions qu'à la lumière des informations dont elles disposent. La Commission ne pourrait appliquer le critère de l'investisseur privé de sa propre initiative.

74 EDF et la République française concluent au rejet du second moyen du pourvoi. En particulier, selon EDF et la République française, le Tribunal a jugé à bon droit que le critère de l'investisseur privé était, en l'espèce, applicable et que, en ayant écarté d'emblée ce critère, la Commission avait violé les obligations procédurales lui incombant.

#### Appréciation de la Cour

75 La Commission, l'Autorité de surveillance AELE et Iberdrola reprochent, en substance, au Tribunal d'avoir examiné l'applicabilité, en l'espèce, du critère de l'investisseur privé, premièrement, en ayant pris en compte, à cette fin, l'objectif poursuivi par l'État français lorsqu'il a adopté la mesure litigieuse, deuxièmement, en ayant confondu les rôles de l'État actionnaire et de l'État exerçant ses pouvoirs en matière fiscale, troisièmement, en violant le principe d'égalité de traitement entre entreprises publiques et privées et, quatrièmement, en violant les règles relatives à la dévolution de la charge de la preuve.

76 Il résulte de la jurisprudence qu'une mesure accordée au moyen de ressources d'État qui place l'entreprise bénéficiaire dans une situation financière plus favorable que celle de ses concurrents et qui, pour cette raison, à la fois fausse ou menace de fausser la concurrence et affecte les échanges entre États membres ne saurait échapper d'emblée à la qualification d'«aide» au sens de l'article 87 CE en raison des objectifs poursuivis par ledit État (voir, en ce sens, arrêts du 19 mai 1999, *Italie/Commission*, C-6/97, Rec. p. I-2981, point 15; du 19 septembre 2000, *Allemagne/Commission*, C-156/98, Rec. p. I-6857, point 25 et jurisprudence citée, ainsi que du 9 juin 2011, *Comitato «Venezia vuole vivere» e.a./Commission*, C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P, Rec. p. I-4727, point 94 et jurisprudence citée).

77 En effet, le paragraphe 1 de cette disposition n'établit pas de distinction selon les causes ou les objectifs des interventions étatiques, mais définit celles-ci en fonction de leurs effets (arrêt *Comitato «Venezia vuole vivere» e.a./Commission*, précité, point 94 et jurisprudence citée).

78 Toutefois, il ressort également d'une jurisprudence constante que les conditions que doit remplir une mesure pour relever de la notion d'«aide» au sens de l'article 87 CE ne sont pas satisfaites si l'entreprise publique bénéficiaire pouvait obtenir le même avantage que celui qui a été mis à sa disposition au moyen de ressources d'État dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales du marché, cette appréciation s'effectuant, pour les entreprises

publiques, par application, en principe, du critère de l'investisseur privé (voir, en ce sens, arrêts du 21 mars 1991, Italie/Commission, C-303/88, Rec. p. I-1433, point 20; du 16 mai 2002, France/Commission, C-482/99, Rec. p. I-4397, points 68 à 70, ainsi que Comitato «Venezia vuole vivere» e.a./Commission, précité, point 91 et jurisprudence citée).

79 En particulier, il résulte de la jurisprudence que, aux fins de l'appréciation de la question de savoir si la même mesure aurait été adoptée dans les conditions normales du marché par un investisseur privé se trouvant dans une situation la plus proche possible de celle de l'État, seuls les bénéfices et les obligations liés à la situation de ce dernier en qualité d'actionnaire, à l'exclusion de ceux qui sont liés à sa qualité de puissance publique, sont à prendre en compte (voir, en ce sens, arrêts du 10 juillet 1986, Belgique/Commission, 234/84, Rec. p. 2263, point 14, et Belgique/Commission, 40/85, Rec. p. 2321, point 13, ainsi que du 14 septembre 1994, Espagne/Commission, C-278/92 à C-280/92, Rec. p. I-4103, point 22, et du 28 janvier 2003, Allemagne/Commission, C-334/99, Rec. p. I-1139, point 134).

80 Il en ressort que les rôles de l'État actionnaire d'une entreprise, d'une part, et de l'État agissant en tant que puissance publique, d'autre part, doivent être distingués, comme le font valoir à juste titre la Commission, l'Autorité de surveillance AELE ainsi qu'Iberdrola et que l'a jugé le Tribunal aux points 223 à 228 de l'arrêt attaqué.

81 Par conséquent, l'applicabilité du critère de l'investisseur privé dépend, en définitive, de ce que l'État membre concerné accorde en sa qualité d'actionnaire, et non pas en sa qualité de puissance publique, un avantage économique à une entreprise lui appartenant.

82 Il s'ensuit que, si un État membre invoque, au cours de la procédure administrative, ledit critère, il lui incombe, en cas de doute, d'établir sans équivoque et sur la base d'éléments objectifs et vérifiables que la mesure mise en œuvre ressortit à sa qualité d'actionnaire.

83 Ces éléments doivent faire apparaître clairement que l'État membre concerné a pris, préalablement ou simultanément à l'octroi de l'avantage économique (voir, en ce sens, arrêt France/Commission, précité, points 71 et 72), la décision de procéder, par la mesure effectivement mise en œuvre, à un investissement dans l'entreprise publique contrôlée.

84 Peuvent notamment être requis, à cet égard, des éléments faisant apparaître que cette décision est fondée sur des évaluations économiques comparables à celles que, dans les circonstances de l'espèce, un investisseur privé rationnel se trouvant dans une situation la plus proche possible de celle dudit État membre aurait fait établir, avant de procéder audit investissement, aux fins de déterminer la rentabilité future d'un tel investissement.

85 En revanche, des évaluations économiques établies après l'octroi dudit avantage, le constat rétrospectif de la rentabilité effective de l'investissement réalisé par l'État membre concerné ou des justifications ultérieures du choix du procédé effectivement retenu ne sauraient suffire à établir que cet État membre a pris, préalablement ou simultanément à cet octroi, une telle décision en sa qualité d'actionnaire (voir, en ce sens, arrêt France/Commission, précité, points 71 et 72).

86 Si l'État membre concerné fait parvenir à la Commission des éléments de la nature requise, il appartient à cette dernière d'effectuer une appréciation globale prenant en compte, outre les éléments fournis par cet État membre, tout autre élément pertinent en l'espèce lui permettant de déterminer si la mesure en cause ressortit à la qualité d'actionnaire ou à celle de puissance publique dudit État membre. En particulier, peuvent être pertinents à cet égard, ainsi que l'a jugé le Tribunal au point 229 de l'arrêt attaqué, la nature et l'objet de cette mesure, le contexte dans lequel elle s'inscrit, ainsi que l'objectif poursuivi et les règles auxquelles ladite mesure est soumise.

87 Par conséquent, dans les circonstances de l'espèce, c'est à bon droit que le Tribunal a jugé que l'objectif poursuivi par l'État français pouvait être pris en compte, dans le cadre de l'appréciation globale requise, afin de déterminer si ledit État avait bien agi en qualité d'actionnaire et si, dès lors, le critère de l'investisseur privé était applicable en l'espèce.

88 Quant à la question de savoir si l'applicabilité du critère de l'investisseur privé pouvait être écartée, en l'occurrence, sur la seule base de la nature fiscale des moyens employés par l'État français, il convient de rappeler que l'article 87, paragraphe 1, CE prévoit que sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées, sous quelque forme que ce soit, au moyen de ressources d'État qui, en fonction de leurs effets, faussent ou menacent de fausser la concurrence (voir arrêt du 19 septembre 2000, Allemagne/Commission, précité, point 25 et jurisprudence citée).

89 En outre, il a été relevé au point 78 du présent arrêt que l'application du critère de l'investisseur privé vise à déterminer si l'avantage économique accordé, sous quelque forme que ce soit, au moyen de ressources de l'État à une entreprise publique est, en raison de ses effets, de nature à fausser ou à menacer de fausser la concurrence et à affecter les échanges entre États membres.

90 Ainsi, cette disposition et ce critère visent à prévenir que, au moyen de ressources de l'État, l'entreprise publique bénéficiaire dispose d'une situation financière plus favorable que celle de ses concurrents (voir, en ce sens, arrêts du 15 mars 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, Rec. p. I-877, point 14, et du 19 mai 1999, Italie/Commission, précité, point 16).

91 Or, la situation financière de l'entreprise publique bénéficiaire dépend non pas de la forme de la mise à disposition de cet avantage, quelle qu'en soit la nature, mais du montant dont elle bénéficie en définitive. C'est donc sans erreur de droit que le Tribunal a concentré son analyse de l'applicabilité du critère de l'investisseur privé sur l'amélioration de la situation financière d'EDF en vue de l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence et sur les effets de la mesure en cause sur la concurrence et non sur la nature fiscale des moyens employés par l'État français.

92 Partant, il résulte de tout ce qui précède que, eu égard aux objectifs poursuivis par l'article 87, paragraphe 1, CE ainsi que par le critère de l'investisseur privé, un avantage économique, même accordé par des moyens de nature fiscale, doit être apprécié, notamment, au regard du critère de l'investisseur privé, s'il apparaît au terme de l'appréciation globale le cas échéant requise que l'État membre concerné a néanmoins, malgré l'emploi de tels moyens relevant de la puissance publique, accordé ledit avantage en sa qualité d'actionnaire de l'entreprise lui appartenant.

93 Il s'ensuit que le constat effectué par le Tribunal au point 250 de l'arrêt attaqué, selon lequel l'obligation pour la Commission de vérifier si les capitaux ont été apportés par l'État dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales du marché existe indépendamment de la forme sous laquelle les capitaux ont été apportés par l'État, n'est entaché d'aucune erreur de droit.

94 S'agissant de l'argument de la Commission, de l'Autorité de surveillance AELE et d'Iberdrola selon lequel un investisseur privé n'aurait pas pu réaliser un investissement, tel que celui auquel a procédé l'État français, dans des conditions comparables, dès lors qu'il aurait dû payer l'impôt et que seul ledit État en tant qu'autorité fiscale pouvait encore disposer des sommes correspondant à cet impôt, il y a lieu de relever, d'une part, que, au titre de l'opération comptable en cause, c'est l'entreprise privée se trouvant dans la situation d'EDF, et non son actionnaire, qui aurait dû payer ledit impôt.

95 En l'occurrence, l'application du critère de l'investisseur privé aurait donc permis de déterminer si un actionnaire privé aurait apporté, à des conditions similaires, un montant égal à l'impôt dû, dans une entreprise se trouvant dans une situation comparable à celle d'EDF.

96 D'autre part, ainsi que l'a relevé le Tribunal aux points 275 et 276 de l'arrêt attaqué, une éventuelle différence entre le coût supporté par un investisseur privé et celui qui est à la charge de l'État investisseur ne s'opposerait pas à l'application du critère de l'investisseur privé. En effet, ce critère permet précisément d'établir, notamment, l'existence d'une telle différence et d'en tenir compte lors de l'appréciation de la question de savoir si les conditions fixées par ledit critère sont remplies.

97 Il s'ensuit que, contrairement à ce que prétendent la Commission, l'Autorité de surveillance AELE et Iberdrola, l'analyse à laquelle s'est livré le Tribunal ne méconnaît pas l'égalité de traitement entre entreprises publiques et privées, n'engendre pas de distorsions de concurrence et ne va pas à l'encontre de l'objectif poursuivi par l'application du critère de l'investisseur privé.

98 Dès lors, en considérant que le critère de l'investisseur privé peut être applicable même dans le cas où des moyens de nature fiscale ont été employés, le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit.

99 Il convient d'ajouter que, par l'arrêt attaqué, le Tribunal n'a préjugé ni de l'applicabilité, en l'espèce, de ce critère ni, ainsi qu'il l'a relevé au point 283 de cet arrêt, du résultat de l'éventuelle application dudit critère.

100 En particulier, en se bornant à vérifier si l'applicabilité du critère de l'investisseur privé pouvait être écartée sur la seule base de la nature fiscale des moyens employés par l'État français, le Tribunal n'a nullement adopté une analyse qui reviendrait à autoriser les États membres à prendre en compte, lors de l'application de ce critère, les bénéfices et les obligations liés à leur qualité de puissance publique ou des éléments subjectifs et sujets à manipulation.

101 Quant à la question de savoir si, en l'espèce, il était nécessaire de définir un investisseur de référence, il convient de relever que la jurisprudence sur laquelle s'appuie à cet égard la Commission, l'Autorité de surveillance AELE et Iberdrola vise l'absence de toute possibilité de comparer la situation d'une entreprise publique avec celle d'une entreprise privée n'opérant pas dans un secteur réservé (voir, en ce sens, arrêt 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).

102 Or, la Commission, l'Autorité de surveillance AELE et Iberdrola ne soutiennent pas qu'il est

impossible de comparer la situation d'EDF avec celle d'une entreprise privée opérant dans des secteurs d'activité identiques à ceux d'EDF. De surcroît, il ressort de cette même jurisprudence que, aux fins d'une telle comparaison, il y a lieu d'effectuer une appréciation par référence aux éléments objectifs et vérifiables qui sont disponibles.

103 En outre, contrairement à ce que prétendent la Commission et l'Autorité de surveillance AELE, le critère de l'investisseur privé ne constitue pas une exception ne s'appliquant que sur la demande d'un État membre, lorsque les éléments constitutifs de la notion d'aide d'État incompatible avec le marché commun, figurant à l'article 87, paragraphe 1, CE, sont réunis. En effet, il ressort du point 78 du présent arrêt que ce critère, lorsqu'il est applicable, figure parmi les éléments que la Commission est tenue de prendre en compte pour établir l'existence d'une telle aide.

104 Par conséquent, lorsqu'il apparaît que le critère de l'investisseur privé pourrait être applicable, il incombe à la Commission de demander à l'État membre concerné de lui fournir toutes les informations pertinentes lui permettant de vérifier si les conditions d'applicabilité et d'application de ce critère sont remplies et elle ne peut refuser d'examiner de telles informations que si les éléments de preuve produits ont été établis postérieurement à l'adoption de la décision d'effectuer l'investissement en question.

105 En effet, il a déjà été relevé aux points 83 à 85 du présent arrêt que sont seuls pertinents, aux fins de l'application du critère de l'investisseur privé, les éléments disponibles et les évolutions prévisibles au moment où la décision de procéder à l'investissement a été prise. Il en va ainsi, en particulier, lorsque, comme en l'espèce, la Commission examine l'existence d'une aide d'État par rapport à un investissement qui ne lui a pas été notifié et qui a déjà été réalisé par l'État membre concerné au moment où elle effectue son examen.

106 Eu égard à tout ce qui précède, le second moyen doit être écarté.

*Sur le premier moyen, tiré d'une dénaturation des faits*

107 La Commission estime, en substance, que le Tribunal a dénaturé des éléments de preuve en considérant que la République française a procédé, par la mesure litigieuse, à la conversion d'une créance fiscale en capital. En effet, selon la Commission, la République française a accordé à EDF, par cette mesure, une exonération d'impôt sur les sociétés. Or, la Commission fait valoir que, en cas d'exonération fiscale, le critère de l'investisseur privé n'est pas pertinent.

108 Toutefois, il a été constaté dans le cadre de l'appréciation du second moyen que, lorsqu'un État membre confère un avantage économique à une entreprise lui appartenant, le caractère fiscal du procédé employé aux fins de l'octroi dudit avantage n'est pas de nature à écarter d'emblée l'applicabilité du critère de l'investisseur privé. Il en résulte, a fortiori, que le procédé précis choisi par l'État membre concerné est dénué de pertinence aux fins de l'appréciation de l'applicabilité dudit critère.

109 Dans ces conditions, la prétendue dénaturation des faits commise par le Tribunal, à la supposer établie, ne serait pas, en tout état de cause, de nature à affecter le bien-fondé de l'arrêt attaqué. Il s'ensuit que le premier moyen doit être écarté comme inopérant.

110 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'il convient de rejeter le pourvoi.

**Sur les dépens**

111 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour, applicable

à la procédure de pourvoi en vertu de l'article 118 du même règlement, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. EDF ayant conclu à la condamnation de la Commission et cette dernière ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de la condamner aux dépens.

112 Conformément à l'article 69, paragraphe 4, premier alinéa, de ce règlement de procédure, applicable à la procédure de pourvoi en vertu de cet article 118, la République française supportera ses propres dépens.

113 En vertu de l'article 69, paragraphe 4, deuxième alinéa, dudit règlement de procédure, applicable à la procédure de pourvoi en vertu dudit article 118, l'Autorité de surveillance AELE supportera ses propres dépens.

114 L'article 69, paragraphe 4, troisième alinéa, du même règlement de procédure, applicable à la procédure de pourvoi en vertu du même article 118, prévoit que la Cour peut décider qu'une partie intervenante supportera ses propres dépens. Il y a lieu de faire application de cette disposition en ce qui concerne Iberdrola.

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) déclare et arrête:

- 1) **Le pourvoi est rejeté.**
- 2) **La Commission européenne est condamnée aux dépens.**
- 3) **L'Autorité de surveillance AELE, la République française et Iberdrola SA supportent leurs propres dépens.**

Signatures

\* Langue de procédure: le français.