
CJUE (gde ch.), 5 juin 2012, Commission c/ EDF, C-124/10 P*

La Cour de justice de l'Union européenne juge qu'il n'est pas possible d'écarter l'applicabilité du critère de l'investisseur privé avisé sur la seule base de la nature fiscale des moyens employés pour recapitaliser une entreprise

La Cour était saisie par la Commission d'un pourvoi contre l'arrêt du 5 décembre 2009 par lequel le Tribunal avait annulé les articles 3 et 4 de la décision de la Commission du 16 décembre 2003 relative aux aides d'État accordées par la France à EDF (TPI, *EDF c/ Commission*, T-156/04).

L'affaire s'inscrit dans une vaste opération de la France mêlant à la fois des considérations de transparence financière, comptable et fiscale dans la gestion d'EDF et une recapitalisation de l'entreprise. La France n'a peut-être pas été très inspirée en opportunité en liant les deux opérations sans les distinguer suffisamment. Mais le Tribunal avait jugé que le fait d'avoir mené une recapitalisation de l'entreprise à partir de l'abandon de dettes fiscales d'EDF ne devait pas empêcher la Commission de répondre à son obligation de vérifier que la recapitalisation répondait au principe de l'investisseur privé avisé en économie de marché.

La Cour vient, dans un arrêt rendu en Grande Chambre et aux conclusions contraires de l'avocat général J. Mazák, confirmer en tous points l'analyse du Tribunal. Elle confirme la clarification bienvenue apportée par le Tribunal dans les conditions de l'application de la théorie de l'investisseur avisé, en précisant notamment les critères permettant de distinguer l'État agissant en tant qu'actionnaire de l'État exerçant ses prérogatives de puissance publique et les conditions d'utilisation de la notion d'investisseur privé de référence.

Dans le contexte de la libéralisation des marchés de l'énergie et pour assurer le respect des règles de concurrence, il était nécessaire de restituer la réalité des relations financières entre l'État et EDF dans la gestion du réseau d'alimentation générale (RAG) «concedé» à EDF par la loi de nationalisation de l'électricité et du gaz de 1946. En faisant longtemps comme si EDF n'était pas propriétaire de ce réseau et comme si l'entreprise publique devait le restituer en bon état à l'État à la fin de la concession, EDF avait été autorisé à placer à son passif au titre d'une ligne appelée "droits du concédant" les dépenses de renouvellement du réseau effectivement effectuées, ce qui diminuait d'autant l'assiette de son impôt sur les sociétés. La pleine reconnaissance de la propriété d'EDF sur le RAG devait donc s'accompagner normalement d'une réécriture comptable faisant passer dans le compte de résultat les sommes placées abusivement dans le passif, avec l'obligation de payer sur ces sommes un impôt au titre de l'impôt sur les sociétés. Mais, en le justifiant au titre de sa politique de recapitalisation d'EDF, la France a placé directement ces sommes dans l'actif de l'entreprise en tant que "dotations en capital". Elle n'appelle pas ainsi un paiement de l'impôt sur les sociétés en considérant que l'abandon d'une créance permet de financer pour partie l'augmentation du capital social de l'entreprise.

La décision de la Commission ordonnait à la France de récupérer au titre des aides d'État le montant correspondant à l'exonération de l'impôt sur les sociétés accordée à EDF.

* Arrêt objet du pourvoi: Trib. UE, 15 décembre 2009, EDF c/ Commission, T-156/04

Elle avait refusé d'examiner l'application en l'espèce du principe de l'investisseur privé avisé en économie de marché, dans la mesure où, selon elle, l'État n'avait pas agi en tant qu'opérateur économique, mais en tant qu'autorité publique dans l'exercice de prérogatives qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique (pour l'importance d'une telle distinction dans l'applicabilité du principe de l'investisseur avisé, voir notamment CJCE, 14 septembre 1994, *Espagne c/ Commission*, C-278/92, point 22 ; CJCE, 28 janvier 2003, *Allemagne c/ Commission*, C-334/99, point 134).

Le Tribunal avait à juste titre considéré que le fait que le financement de l'apport en capital soit le résultat d'un abandon d'une créance fiscale ne mettait pas en cause l'applicabilité du principe de l'investisseur privé avisé, dès lors que l'État avait bien agi, selon les critères définissant l'activité économique en tant qu'opérateur économique et non en tant qu'autorité publique.

Saisie notamment d'un pourvoi fondé sur l'erreur de droit qu'aurait commise le Tribunal dans l'interprétation de l'article 87 CE (devenu art. 107 TFUE) et plus particulièrement dans le champ d'application et du contenu du critère de l'investisseur avisé dans une économie de marché, la Cour est amenée à reprendre l'ensemble des arguments de droit discutés devant le Tribunal d'une façon approfondie dans un arrêt très riche et tentant de se placer au-dessus des confusions conceptuelles sous-jacentes aux arguments de la Commission.

Le rejet du moyen tiré d'une erreur de droit dans l'interprétation de l'article 107 TFUE conduit en second lieu à rejeter aussi comme inopérant le moyen tiré d'une dénaturation des faits.

Le seul fait qu'une recapitalisation d'une entreprise publique soit financée par la renonciation à une recette fiscale ne rend pas inapplicable le principe de l'investisseur avisé en économie de marché

La Cour rappelle 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 liées 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». «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».

Les éléments «objectifs et vérifiables» permettant de mesurer que la mesure mise en œuvre ressortit de la qualité d'actionnaire de l'État doivent faire apparaître que l'État membre concerné a pris, préalablement ou simultanément à l'octroi de l'avantage économique, la décision de procéder à un investissement dans l'entreprise publique. Contrairement à ce que défendait l'avocat général, peuvent être pertinents, comme l'a jugé le Tribunal et en liaison avec les critères utilisés par la Cour par ailleurs pour distinguer une activité économique et une activité relevant de la puissance publique (voir CJCE, 19 janvier 1994, *Eurocontrol*, C-364/92), la nature et l'objet de la mesure, le contexte dans lequel elle s'inscrit, ainsi que l'objectif poursuivi et les règles auxquelles ladite mesure est soumise. La Cour rejette ainsi l'argument de la Commission qui faisait valoir que le Tribunal avait commis une erreur de droit en se fondant sur l'objectif poursuivi par l'État pour déterminer s'il avait agi en tant qu'actionnaire ou en tant que puissance publique.

► ALLER AU SOMMAIRE

La Commission faisait valoir que, dans l'application de l'article 87, paragraphe 1, CE, il n'y a pas lieu de prendre en considération les objectifs poursuivis. La Commission soutenait aussi que l'utilisation du critère des objectifs de la mesure présentait ici un caractère subjectif et se prêtait au jeu des manipulations. La Cour répond indirectement à cet argument de la possible manipulation en faisant valoir que les éléments mis en avant par l'État au soutien de son action en tant qu'actionnaire «doivent faire apparaître que l'État a pris sa décision de procéder à un investissement préalablement à la mesure adoptée ou simultanément à l'octroi de l'avantage en cause» et que «les évaluations économiques établies après l'octroi de l'avantage, le constat rétrospectif de la rentabilité effective de l'investissement, réalisé ou des justifications ultérieures du choix du procédé effectivement retenu ne sauraient suffire à établir que cet État membre a pris préalablement à cet octroi une telle décision en sa qualité d'actionnaire». Ce faisant, la Cour indique bien également que la prise en considération de l'objectif de procéder à un investissement est bien un critère qui permet de distinguer, avant ou au moment même où la mesure étatique est adoptée, si elle peut relever de l'action de l'État en tant qu'actionnaire ou en tant que puissance publique.

Par ailleurs, la Cour précise, et c'est le point clef de l'arrêt, qu'il n'est pas possible d'écarter l'applicabilité du critère de l'investisseur privé sur la seule base de la nature fiscale des moyens employés. Le critère de l'investisseur privé vise à déterminer si l'avantage économique accordé au moyen de ressources d'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. «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». «Eu égard aux objectifs poursuivis par l'article 87, §1, CE ainsi que du 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 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».

Il n'y a pas lieu de tenir compte du fait qu'un opérateur privé n'a pas de pouvoir fiscal. Il suffit de pouvoir comparer le montant qu'un opérateur privé aurait pu apporter à une entreprise telle qu'EDF avec le montant égal à l'impôt dû à l'État et que l'État a renoncé à percevoir.

La Commission affirmait que pour faire application du principe de l'investisseur privé avisé, il était nécessaire de définir un investisseur de référence, la jurisprudence (CJCE, 3 juillet 2003, *Chronopost*, C-83/01, point 38) prévoyant la définition d'un terme de référence réel existant dans l'économie de marché. Il n'est pas certain que la jurisprudence *Chronopost* concerne la théorie de l'investisseur privé avisé. Et, en supposant qu'elle puisse jouer, elle a permis à la Cour de juger qu'il n'y avait pas d'aide d'État, alors même que les conditions de mise à disposition de biens et de services par La Poste française à Chronopost étaient faites dans des conditions financières très favorables pour Chronopost par rapport aux conditions existant sur le marché pour ses concurrents. Il est donc étonnant que cette jurisprudence soit invoquée à l'appui de la revendication en l'espèce d'une décision qui reconnaîtrait l'existence d'une aide d'État. En tout état de cause, la Cour répond que la jurisprudence *Chronopost* à laquelle font référence les auteurs du pourvoi «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». Or, la Commission «ne soutient 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».

La qualification de la source du financement comme une renonciation à une créance fiscale ou comme exonération fiscale est sans effet sur l'applicabilité du principe de l'investisseur privé avisé

La Commission estimait aussi que l'arrêt devait être annulé, le Tribunal ayant dénaturé les éléments de preuve en considérant que la France avait procédé par la mesure litigieuse à la conversion d'une créance fiscale en capital. La Commission faisait valoir que tel n'était pas le cas et, pour elle, c'était bien un élément majeur du dossier. Selon elle, la France n'avait pas renoncé à une créance fiscale dans la mesure même où elle n'avait pas inscrit les sommes litigieuses dans le compte de résultat d'EDF. Il s'agissait de quelque chose de complètement différent; en l'espèce, d'une exonération pure et simple de ces sommes de l'impôt sur les sociétés. Or, si la Commission voulait bien admettre qu'il était possible d'appliquer le critère de l'opérateur privé avisé en cas de renonciation à une créance fiscale, elle estimait qu'en cas d'exonération fiscale, le critère de l'investisseur privé n'était pas applicable.

La Cour répond que dès lors que le caractère fiscal du procédé employé aux fins de l'octroi de l'avantage n'est pas de nature à écarter d'emblée l'applicabilité du critère de l'investisseur privé, il en résulte que la question de la qualification du procédé utilisé par l'État (abandon de créance ou exonération de l'impôt) est dénuée de pertinence aux fins de l'appréciation de ce critère et que la prétendue dénaturation des faits, à la supposer établie, n'étant pas de nature à affecter le bien-fondé de l'arrêt attaqué, le moyen doit être écarté comme inopérant.

J-Y Chérot

Concurrences N° 3-2012, pp. 169-171

Voir aussi sur l'arrêt du Tribunal: J-Y Chérot, Le Tribunal de l'UE considère que la seule circonstance que l'État ait accès à des ressources financières découlant de l'exercice de la puissance publique ne permet pas de justifier, à elle seule, que les mesures financées par la renonciation à ces ressources soient considérées comme relevant de ses prérogatives de puissance publique (EDF), février 2010, Revue Concurrences N° 1-2010, pp. 149-153

CJUE (gde ch.), 19 mars 2013, Bouygues et Bouygues Télécom c/ Commission européenne, et Commission c/ République française, aff. jtes C-399/10P et C-401/10P*

La Cour de justice de l'Union européenne annule l'arrêt du Tribunal dans l'affaire des déclarations publiques en faveur d'une entreprise en difficultés financières et confirme que les mesures ont conféré un avantage à l'entreprise octroyé au moyen de ressources d'État

L'efficacité de certains arrêts de la Cour reflète le caractère irréfutable de certaines règles. Cet arrêt de la Cour en est la preuve. En quelques dizaines d'attendus, la Cour vient annuler l'arrêt du Tribunal, qui en un long développement avait lui-même sanctionné la décision de la Commission qui qualifiait d'aides d'État, les déclarations de soutien du ministre français de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, suivies d'une offre d'avance d'actionnaire de l'État français en faveur de France Télécom.

* Arrêt objet du pourvoi : Trib. UE, 21 mai 2010, République française, France Télécom c/ Commission européenne, aff. jtes T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04