

DECISIÓN (UE) 2016/154 DE LA COMISIÓN**de 22 de julio de 2015****relativa a la Ayuda Estatal SA.13869 (C 68/2002) (ex NN 80/2002) — Recalificación como capital de las provisiones contables con exención de impuestos para la renovación de la Red de Alimentación General ejecutada por Francia en favor de EDF***[notificada con el número C(2015) 4959]***(El texto en lengua francesa es el único auténtico)****(Texto pertinente a efectos del EEE)**

LA COMISIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, su artículo 108, apartado 2, párrafo primero ⁽¹⁾,

Tras haber emplazado a los interesados para que presentaran sus observaciones, de conformidad con el citado artículo ⁽²⁾,

Y teniendo en cuenta dichas observaciones,

Considerando lo siguiente:

- (1) Mediante Decisión de 16 de octubre de 2002, la Comisión incoó el procedimiento de investigación formal con arreglo al artículo 108, apartado 2, del TFUE («la Decisión de incoación») relativo a la ventaja resultante del impago del impuesto de sociedades adeudado por la empresa pública de tipo industrial y comercial *Electricité de France* (EDF), *Service National* («EDF», que se convirtió en sociedad anónima *Electricité de France SA* a finales de 2004), en el momento de la reestructuración de su balance (1997), sobre una parte de las provisiones contables constituidas con exención de impuestos para la renovación de la red de alimentación general («RAG») y recalificadas como capital.
- (2) En sus observaciones transmitidas a la Comisión por carta de 11 de diciembre de 2002, las autoridades francesas rechazaron que EDF se hubiera beneficiado de una ventaja fiscal y alegaron, en particular, que la dotación de capital complementaria corregía una capitalización insuficiente y estaba, por tanto, justificada.
- (3) Mediante escrito de 21 de enero de 2003, la Comisión transmitió a Francia las únicas observaciones de una parte interesada, para que presentara sus comentarios. Francia no presentó comentarios sobre dichas observaciones.
- (4) Una reunión técnica entre la Comisión y las autoridades francesas se celebró el 12 de febrero de 2003, seguida por una solicitud de información de la Comisión de 4 de julio de 2003.
- (5) El 11 de noviembre de 2003, Francia proporcionó nueva información. El 17 de noviembre de 2003, se celebró una nueva reunión técnica entre la Comisión, las autoridades francesas y representantes de EDF. Las autoridades francesas proporcionaron información adicional el 20 de noviembre de 2003.
- (6) Mediante Decisión de 16 de diciembre de 2003 ⁽³⁾, la Comisión declaró la ayuda de que se había beneficiado EDF incompatible con el mercado interior y exigió la recuperación de dicha ayuda con intereses. La ayuda fue devuelta en febrero de 2004.

⁽¹⁾ Con efecto a partir del 1 de diciembre de 2009, los artículos 87 y 88 del Tratado CE han pasado a ser los artículos 107 y 108, respectivamente, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»). En ambos casos, las disposiciones son esencialmente idénticas. A efectos de la presente Decisión, las referencias a los artículos 107 y 108 del TFUE se entenderán, cuando proceda, como hechas a los artículos 87 y 88, respectivamente, del Tratado CE. El TFUE también ha introducido ciertos cambios en la terminología, como la sustitución de los términos «Comunidad» por «Unión», «mercado común» por «mercado interior» y «Tribunal de Primera Instancia» por «Tribunal General». En la presente Decisión se utilizará la terminología del TFUE.

⁽²⁾ DO C 280 de 16.11.2002, p. 8.

⁽³⁾ DO L 49 de 22.2.2005, p. 9.

- (7) Mediante sentencia de 15 de diciembre de 2009, el Tribunal General anuló la Decisión de la Comisión ⁽¹⁾. Francia volvió a abonar a EDF el importe de la ayuda que había sido devuelto en 2004.
- (8) Mediante su sentencia de 5 de junio de 2012, el Tribunal de Justicia desestimó el recurso de casación interpuesto por la Comisión contra la sentencia del Tribunal General ⁽²⁾.
- (9) Mediante Decisión de 2 de mayo de 2013, la Comisión amplió el procedimiento de investigación formal («la Decisión de ampliación») ⁽³⁾.
- (10) Las autoridades francesas enviaron sus observaciones a la Comisión el 1 de julio de 2013.
- (11) Mediante carta de 13 de agosto de 2013, la Comisión transmitió a Francia las observaciones de 29 de julio de 2013 de una única parte interesada, a saber, EDF, invitándola a presentar sus observaciones. El 11 de octubre de 2013, Francia presentó sus comentarios sobre las observaciones de EDF.
- (12) El 18 de octubre de 2013, EDF envió a la Comisión un estudio preparado por un consultor (Oxera) con fecha de 15 de octubre de 2013. El 22 de octubre de 2013, la Comisión remitió este estudio a Francia, invitándola a presentar sus comentarios. No obstante, esta invitación incluía la observación de que el estudio había sido remitido más de dos meses y medio después del plazo fijado por la Decisión de ampliación y, por otra parte, que había sido realizado después de la decisión de invertir en EDF invocada por Francia. El 6 de noviembre de 2013, Francia presentó sus comentarios sobre dicho estudio.
- (13) Una reunión entre la Comisión y las autoridades francesas se celebró el 14 de noviembre de 2013. El 15 de noviembre de 2013, la Comisión solicitó información adicional y aclaraciones sobre las observaciones de Francia, que le fueron remitidas el 23 de diciembre de 2013.
- (14) El 22 de noviembre de 2013, EDF notificó a la Comisión un dictamen jurídico a petición de EDF como complemento y en apoyo de sus observaciones de 29 de julio de 2013.
- (15) A petición de EDF, se celebró una reunión con la Comisión y en presencia de las autoridades francesas el 12 de marzo de 2014.
- (16) El 13 de mayo de 2014, la Comisión solicitó a Francia eventuales comentarios en relación con el dictamen jurídico enviado por EDF, así como aclaraciones e información adicional, que Francia remitió por carta el 19 de junio de 2014.

1. DESCRIPCIÓN DETALLADA DE LA MEDIDA

1.1. EL BENEFICIARIO: EDF, EVOLUCIÓN DE SU ESTATUTO Y DE SU CAPITAL

- (17) EDF fue creada por la Ley n° 46-628, de 8 de abril de 1946, sobre la nacionalización de la electricidad y del gas («la Ley n° 46-628»), que, en su artículo 1, nacionalizó la producción, transporte, distribución, importación y exportación de electricidad en Francia. Esta Ley encargaba la gestión de las empresas eléctricas nacionalizadas a un organismo público nacional de tipo industrial y comercial denominado «*Electricité de France (EDF), Service National*».
- (18) El artículo 16 de la Ley n° 46-628 estipulaba que el saldo neto de los bienes, derechos y obligaciones transferidos a EDF constituía su capital, pertenecía a la nación, era inalienable y, en caso de pérdidas de explotación, debía reconstituirse basándose en los resultados de los ejercicios posteriores. A tenor del artículo 1 del Decreto n° 56-493, de 14 de mayo de 1956, relativo a las dotaciones de capital de EDF, estas están sujetas a las normas establecidas en el artículo 16 de la citada Ley. A tenor del artículo 2 del mismo Decreto, estas dotaciones dan lugar a la atribución al Estado de un interés y un dividendo.

⁽¹⁾ Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2009 en el asunto T-156/04-EDF/Comisión, Rec. 2009, p. II-04503.

⁽²⁾ Sentencia Comisión/EDF, C-124/10P, UE:C:2012:318.

⁽³⁾ DO C 186 de 28.6.2013, p. 73.

- (19) En virtud de la Ley nº 46-628, EDF era, desde su creación y seguía siendo, en 1997, un organismo público nacional de tipo industrial y comercial, que no se regía por las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas. Un organismo público de tipo industrial y comercial no tiene capital social, a diferencia de una sociedad anónima de Derecho público, que es propiedad de sus accionistas ⁽¹⁾. A pesar de los términos «capital» y «dotación de capital» utilizados en los textos pertinentes, EDF no disponía de capital social debido a su condición de persona jurídica de Derecho público. La Ley nº 2004-803, de 9 de agosto de 2004, relativa al servicio público de la electricidad y del gas y a las compañías eléctricas y del gas («Ley nº 2004-803») contemplaba un futuro cambio de dicho estatuto. En su artículo 24, la Ley nº 2004-803 precisaba que EDF, compañía de la que el Estado debía poseer más del 70 % del capital, estaría sujeta a las disposiciones legales aplicables a las sociedades anónimas salvo disposiciones legales contrarias. El artículo 47 de dicha Ley preveía también la transformación posterior del organismo público EDF en sociedad anónima, a reserva de la publicación de un Decreto sobre su nuevo estatuto. El artículo 46 precisaba que el balance de la empresa EDF a 31 de diciembre de 2004 se establecería a partir del balance a 31 de diciembre de 2003 y de la cuenta de resultados para el ejercicio 2004 del organismo público EDF.
- (20) La transformación de EDF en sociedad anónima se hizo efectiva con arreglo al Decreto nº 2004-1224, de 17 de noviembre de 2004, sobre el estatuto de la sociedad anónima *Electricité de France*. Los Estatutos anejos al Decreto estipulan que EDF sería en adelante una sociedad anónima regida por las leyes y reglamentos aplicables a las empresas comerciales, especialmente el Código de Comercio, en la medida en que no estén en contradicción con disposiciones más específicas, incluidos los propios estatutos.
- (21) El artículo 6 de los Estatutos de EDF estipula que el capital social de la sociedad, en un principio íntegramente en manos del Estado, está fijado en 8 129 millones EUR, dividido en 1 625 800 000 acciones de 5 EUR cada una. El capital social de la nueva sociedad anónima EDF se fijó en noviembre de 2004 en el mismo importe que el capital y las aportaciones al capital de la entidad pública de tipo económico y comercial EDF acumulados hasta entonces, es decir 8 100 millones EUR. Este importe de capital y aportaciones de capital se alcanzó en aplicación de la Ley nº 97-1026, de 10 de noviembre de 1997, sobre diversas medidas de tipo económico y comercial («Ley nº 97-1026») y era el mismo desde 1997.
- (22) Tal como establece la Ley 2004-803 y los Estatutos de EDF, el Estado debía -y debe- en todo momento, poseer más del 70 % del capital de la sociedad. En noviembre de 2005, las nuevas acciones de EDF admitidas a cotización en Euronext se propusieron a precio abierto («OPO», en francés), abriendo con ello, efectivamente, el capital de EDF a accionistas distintos del Estado.

1.2. LA CREACIÓN DE PROVISIONES CONTABLES PARA LA RENOVACIÓN DE LA RED DE ALIMENTACIÓN GENERAL

- (23) A tenor de su artículo 36, la Ley nº 46-628 transfirió a EDF la totalidad de las concesiones de electricidad nacionalizadas. Para dichas concesiones, según el artículo 37 de la Ley, el concesionario está obligado a respetar un pliego de condiciones tipo. Las diferentes concesiones de transporte de electricidad transferidas por el Estado a EDF se unificaron en 1958 en una concesión única, denominada «réseau d'alimentation générale», (red de alimentación general), «RAG».
- (24) A falta de reglas contables específicas para las concesiones, ya en 1946 EDF consideró que era propietaria de los bienes que forman parte de la RAG e incluyó dichos bienes en el activo de su balance. Con arreglo al artículo 8 del pliego de condiciones aprobado por el Decreto nº 56-1225, de 28 de noviembre de 1956, EDF está obligada a ejecutar a su costa todas las obras de conservación y renovación necesarias para el mantenimiento de las obras de la concesión en buen estado de funcionamiento.
- (25) En 1987, a raíz de una modificación en 1982 del plan general de contabilidad que preveía normas específicas para los bienes que debían volver al Estado al final de la concesión, EDF modificó su práctica contable para los activos de la RAG, hasta entonces considerados bienes propios y clasificó estos activos en la partida del balance «Activos en régimen de concesión». EDF aplicó a estos activos las normas contables especiales establecidas en Francia para los bienes en régimen de concesión que deben devolverse al Estado al término de esta, y constituyó unas provisiones con exención de impuestos para la renovación de la RAG.
- (26) En un informe de 1994 ⁽²⁾, el Tribunal de Cuentas consideró que, en presencia de un concesionario único y permanente del Estado designado por la Ley, como EDF, era difícil considerar que los bienes constitutivos de la RAG debían volver al Estado al final de la concesión, por oposición a los bienes propios de la RAG pertenecientes

⁽¹⁾ Respuesta de las autoridades francesas del 23.12.2013, apartados 71 y 72.

⁽²⁾ Informe especial sobre las concesiones de EDF nº 1993, de 10 de octubre de 1994.

a EDF. En otras palabras, la modificación contable introducida por EDF en 1987 que desembocó en la constitución de provisiones con exención de impuestos no parecía estar justificada para el Tribunal de Cuentas. La empresa y las administraciones de tutela emprendieron rápidamente acciones de regularización de la situación de EDF.

- (27) En 1997, EDF tenía en sus cuentas dos tipos de provisiones constituidas con exención de impuestos para la renovación de la RAG: las provisiones aún sin utilizar por importe de 38 500 millones de francos franceses (FRF) y los derechos del cedente, correspondientes a las operaciones de renovación ya realizadas, por importe de 18 345 millones FRF.

1.3. RECALIFICACIÓN DE LAS PROVISIONES CONTABLES

- (28) La Ley nº 97-1026 clarificó la situación de los bienes constitutivos de la RAG. En su artículo 4, esta Ley indica:

- I. Se considera que las instalaciones de la red de alimentación general de energía eléctrica son propiedad de *Electricité de France* desde que le fue atribuida la concesión de dicha red.
- II. Para la aplicación de las disposiciones del apartado I, a 1 de enero de 1997, el contravalor de los bienes específicos comprendidos en la concesión de la red de alimentación general que figuran en el pasivo del balance de *Electricité de France*, excluidas las diferencias de reevaluación correspondientes, se incluirá en la partida "Dotaciones de capital" [...].

- (29) El recurso a la Ley era necesaria para cualquier transacción relativa al capital de EDF. En efecto, en su versión en vigor en 1997, el artículo 16 de la Ley nº 46-628 estipulaba que el capital de EDF era inalienable y pertenecía a la nación. Así, las asignaciones al capital de EDF resultantes de la reasignación de las provisiones para la renovación de la RAG entraban dentro del ámbito de la ley en Derecho francés.

- (30) La Ley nº 97-1026 establece la propiedad de los activos de la RAG. El balance de EDF fue, pues, reorganizado mediante la Ley nº 97-1026. Las provisiones constituidas por EDF entre 1987 y 1996 para la renovación de la RAG con vistas a la restitución de estos activos al Estado, hayan sido utilizados o no, carecían de objeto si se consideraba que la propiedad de los bienes de la RAG era de EDF.

- (31) En el anexo 1 de una carta del ministro de Economía, Finanzas e Industria, del Secretario de Estado de Presupuesto y del Secretario de Estado de Industria, dirigida a EDF el 22 de diciembre de 1997 («la carta del ministro de Economía») se explica la reestructuración del balance de EDF, con arreglo al artículo 4 de la Ley nº 97-1026:

«— Reasignación de los "derechos del cedente" (18 345 563 605 FRF):

consolidación como dotaciones de capital del contravalor de los bienes en especie de la RAG en régimen de concesión por valor de 14 119 065 335 FRF.

Reagrupación de las diferencias de reevaluación de la RAG de 1959 (2 425 millones FRF) y de 1976 (inmovilizaciones no amortizables: 97 millones FRF) con la partida "Diferencias de reevaluación de la RAG", cuyo importe pasa así de 1 720 millones FRF a 4 145 millones FRF.

Reagrupación de las provisiones reguladas relativas a la reevaluación de las inmovilizaciones amortizables de 1976 (1 704 millones FRF), con lo que la partida pasa de 877 millones FRF a 2 581 millones FRF.

Reasignación de las provisiones para renovación que ya no estén justificadas (38 520 943 408 FRF) como remanente de ejercicios anteriores, en aplicación del dictamen del Consejo Nacional de Contabilidad nº 97-06, de 18 de junio de 1997, relativo a los cambios contables.».

- (32) En el marco de la reorganización del balance de EDF, las autoridades francesas se ajustaron al Dictamen nº 97-06, de 18 de junio de 1997, del Consejo Nacional de Contabilidad, relativo a los cambios de métodos contables, cambios de estimación, cambios de opciones fiscales y correcciones de errores (en lo sucesivo, «el dictamen del Consejo Nacional de Contabilidad»), que establece que las correcciones de errores contables que, por su propia naturaleza, se refieran a la contabilización de operaciones pasadas «se contabilizarán en el resultado del ejercicio en el que se constaten».

- (33) Con arreglo a la Ley nº 97-1026 y a la carta del ministro de Economía, las diferencias de reevaluación se transfirieron a la rúbrica «Recursos propios» sin incidencia fiscal, ya que correspondían a plusvalías de reevaluación realizadas con exención de impuestos o en un régimen de neutralidad fiscal tras las leyes de reevaluación de 1959 y 1976.

1.4. CONSECUENCIAS FISCALES DE LA RECALIFICACIÓN DE LAS PROVISIONES CONTABLES

- (34) El anexo 3 de la carta del ministro de Economía establece, asimismo, las consecuencias fiscales de la reorganización del balance de EDF. Se constata una variación del activo neto a raíz de la reasignación de las provisiones para renovación no utilizadas (por importe de 38 500 millones FRF) como remanente de ejercicios anteriores, variación que está sujeta al impuesto de sociedades al tipo del 41,66 % aplicable en 1997. Así, las provisiones aún sin utilizar, por importe de 38 500 millones FRF, estuvieron normalmente sujetas a impuesto por las autoridades francesas. En cambio, la parte de las provisiones también constituida con exención de impuestos y consolidada como dotación de capital correspondiente a los derechos del cedente no estuvo sujeta a impuesto.
- (35) En una nota de la Dirección General de Impuestos de 9 de abril de 2002, enviada a la Comisión por las autoridades francesas, se indica que «los derechos del cedente correspondientes a la RAG representan una deuda indebida que, mediante su incorporación al capital, se libró del impuesto de manera injustificada» y que «esta reserva debería haberse transferido, con anterioridad a su incorporación al capital, del pasivo del establecimiento, donde figuraba erróneamente, a una cuenta de situación neta, dando lugar de esta manera a una variación positiva del activo neto imponible en aplicación del artículo 38-2» del Código General de Impuestos. Las autoridades francesas constatan que «la ventaja fiscal obtenida de esta manera [por EDF en 1997] puede cifrarse en 5 880 millones FRF ($14,119 \times 41,66 \%$)».

2. DECISIÓN DE INCOACIÓN

- (36) En su Decisión de incoación, la Comisión concluyó que la creación irregular de provisiones complementarias destinadas a la renovación de la RAG durante el período 1987-1996 había favorecido a EDF en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE. Esta operación le confirió una ventaja económica selectiva resultante de la diferencia entre el valor capitalizado del impuesto de sociedades no pagado sobre las provisiones durante el mismo período y el importe del impuesto de sociedades pagado por EDF en 1997, a raíz de la entrada en vigor del artículo 4 de la Ley nº 97-1026.
- (37) A pesar del hecho de que EDF ejercía en Francia actividades en una serie de mercados sujetos a derechos de monopolio antes de la entrada en vigor de la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo ⁽¹⁾ por la que se liberalizó el sector de la electricidad, la Comisión consideró que las medidas de ayuda en cuestión en favor de EDF falsearon o amenazaron falsear la competencia y afectaron los intercambios comerciales entre Estados miembros en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE. Ello se debe, en particular, a que, a pesar de los derechos exclusivos de que disfrutaba EDF en el ejercicio de determinadas actividades en Francia, existía un cierto nivel de comercio entre Estados miembros en esos mercados. Además, la libre competencia existía en los mercados afines en los que EDF ya había diversificado sus actividades más allá de sus derechos exclusivos, tanto desde un punto de vista geográfico como sectorial. Estos efectos ya existían mucho antes de la liberalización del sector de la electricidad.
- (38) La Comisión concluyó también que se trataba de una ayuda nueva que no permitía, en esa fase, considerar que se cumplían las condiciones establecidas en el artículo 107, apartados 2 y 3, del TFUE. Por otra parte, las autoridades francesas no habían invocado la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del TFUE.

3. OBSERVACIONES DE UN TERCERO INTERESADO

- (39) Mediante carta de 6 de enero de 2003, el Sindicato Nacional de Productores Independientes de Electricidad Térmica (SNPIET) remitió a la Comisión sus observaciones en el marco del procedimiento formal de examen. Según dichas observaciones, en relación con el impago, en 1997, del impuesto de sociedades sobre una parte de las provisiones constituidas con exención de impuestos para la renovación de la RAG, EDF no se ajustó, en el marco de sus actividades, a las normas de uso habitual en las compañías industriales y comerciales, contrariamente a lo previsto en la Ley nº 46-628, de 8 de abril de 1946.

4. OBSERVACIONES DE FRANCIA SOBRE LA DECISIÓN DE INCOAR EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN FORMAL

- (40) Las autoridades francesas comunicaron sus observaciones a la Comisión mediante carta de 11 de diciembre de 2002. Impugnan el carácter de ayuda estatal atribuido al impago en 1997 del impuesto de sociedades sobre una parte de las provisiones contables constituidas con exención de impuestos para la renovación de la RAG.

⁽¹⁾ Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (DO L 27 de 30.1.1997, p. 20).

- (41) Con carácter preliminar, las autoridades francesas impugnan el importe de las provisiones destinadas a la renovación de la RAG adelantado por la Comisión. Afirman a continuación que, incluso a falta de dotaciones para provisiones destinadas a la renovación de la RAG, EDF no habría estado en condiciones de pagar el impuesto de sociedades de 1987 a 1996 a causa de unos aplazamientos fiscales muy deficitarios. Además, como el Estado era a la vez propietario de EDF y autoridad cedente de la RAG, las autoridades francesas consideraron que los derechos del cedente no constituían, para el Estado, una deuda realmente exigible. Por lo tanto, con motivo de la reestructuración del balance en 1997, asignaron estos derechos del cedente a los recursos propios de EDF con el fin de corregir su capitalización insuficiente, pero sin someterlos al impuesto de sociedades.
- (42) Las autoridades francesas consideran que la reestructuración contable realizada en 1997 puede interpretarse como una dotación complementaria de capital por un importe equivalente a la exención parcial de impuestos, cuya finalidad fue también corregir una capitalización insuficiente. EDF y el Estado habrían deseado destinar los cuasi fondos propios en capital, sin tener en cuenta el impuesto de sociedades. Se habría considerado más eficaz y neutro asignar directamente los derechos del cedente como fondos propios por su importe total, en lugar de realizar la operación de carácter equivalente que hubiera consistido en asignar como capital un importe neto tras el pago del impuesto de sociedades, solicitar el pago por EDF del impuesto de sociedades correspondiente a la variación del activo neto y, finalmente, proceder a una dotación complementaria de capital por un importe equivalente al impuesto pagado.
- (43) Las autoridades francesas consideran que dicha dotación complementaria estaba justificada por las perspectivas de rentabilidad que ofrecía EDF en 1997 que, además, se concretaron en los años siguientes. En circunstancias comparables, según las autoridades francesas, un inversor privado prudente en una economía de mercado habría realizado esa misma aportación de capital.
- (44) Las autoridades francesas rechazan, asimismo que, entre 1987 y 1996, disminuyera indebidamente la remuneración del Estado como consecuencia de la creación de las provisiones en cuestión. Indican que, aunque el resultado neto hubiera sido superior, la remuneración del Estado no habría sido más elevada ya que, durante este período, el nivel de la remuneración no correspondía a un porcentaje predefinido del resultado neto de la empresa. El Estado determinaba libremente este nivel en valor absoluto y podía no fijarse en función de la situación financiera de la empresa. Además, esta remuneración no se cobraba obligatoriamente de los beneficios netos de cada ejercicio. Dadas estas circunstancias y habida cuenta de los aplazamientos deficitarios de EDF, las autoridades francesas destacan que el Estado optó finalmente por cobrar, entre 1987 y 1996, un dividendo cuyo nivel superaba considerablemente los límites fijados por el derecho de sociedades.
- (45) Las autoridades francesas consideran, por otra parte, que aunque la constitución de las provisiones para la renovación de la RAG hubiera supuesto una ventaja, esta debería considerarse neutralizada por el aumento del impuesto de sociedades pagado en 1997. Asimismo, estiman que, durante el período 1987-1996, EDF pagó globalmente al Estado una suma superior al impuesto de sociedades que habría pagado una sociedad de Derecho mercantil que no hubiese constituido provisiones para la renovación de la RAG y que hubiese pagado a su accionista un dividendo equivalente al 37,5 % del resultado neto después de impuestos.
- (46) Por otra parte, las autoridades francesas consideran que si se llegara a la conclusión de que existe una ventaja indebida, se trataría de una ayuda existente y no de una ayuda nueva, dado el plazo de prescripción de diez años previsto en el artículo 15 del Reglamento (CE) nº 659/1999, **del Consejo** ⁽¹⁾, que empieza a contar a partir de la concesión de los primeros elementos de ayuda. Teniendo en cuenta que la primera solicitud de información de la Comisión data del 10 de julio de 2001, los posibles elementos de ayuda concedidos antes de 1991 habrían prescrito. Las autoridades francesas consideran que la intervención del legislador en 1997 no causó la interrupción del plazo de prescripción, puesto que solo medidas de la Comisión pueden surtir ese efecto. Estiman, por último, que se trataría en cualquier caso de una ayuda existente dado que se concedió antes de la liberalización del mercado de la electricidad.
- (47) En su carta de 20 de noviembre de 2003, las autoridades francesas recuerdan sus argumentos en lo relativo a las diferencias de reevaluación incluidas en el importe de los derechos del cedente que figuran en las cuentas sociales y en la aplicación de la norma de la prescripción. Por otra parte, afirman que el tipo del impuesto de sociedades que debería haberse aplicado a la reestructuración del balance de EDF es el de 1996 (tipo del 36,67 %), y no el de 1997 (tipo del 41,66 %). En efecto, consideran que esta reestructuración se realizó sobre la base de una declaración fiscal presentada el 23 de diciembre de 1997, es decir, después del cierre del ejercicio de 1996 pero antes del cierre del ejercicio de 1997.
- (48) Por consiguiente, las autoridades francesas impugnan la afirmación de la Comisión según la cual EDF se habría beneficiado de una ventaja en 1997 debido al impago del impuesto de sociedades sobre una parte de las provisiones constituidas con exención de impuestos para la renovación de la RAG.

⁽¹⁾ Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 83 de 27.3.1999, p. 1).

5. LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES DE LA UNIÓN EUROPEA

- (49) En su sentencia de 15 de diciembre de 2009, el Tribunal General anuló la Decisión de la Comisión de 16 de diciembre de 2003, por considerar que incumbía a la Comisión verificar si un inversor privado prudente en una economía de mercado habría procedido a una inversión por un importe comparable en circunstancias similares. El Tribunal General consideró que la Comisión hubiera debido comprobar si la operación cumplía el criterio del inversor privado. El Tribunal General consideró que la Comisión había cometido un error de Derecho y había infringido el artículo 107 del TFUE.
- (50) En su sentencia de 5 de junio de 2012, el Tribunal de Justicia desestimó el recurso interpuesto por la Comisión contra la sentencia del Tribunal General. El Tribunal de Justicia consideró, en particular, que la observación hecha por el Tribunal General según la cual no incurría en ningún error de Derecho la obligación de la Comisión de verificar si los capitales fueron aportados por el Estado en circunstancias que corresponden a las condiciones normales del mercado existía con independencia de la forma en que los capitales fueron aportados. El Tribunal de Justicia también estimó que la apreciación del Tribunal General según la cual el criterio del inversor privado puede ser aplicable incluso cuando se hayan utilizado medios de naturaleza fiscal, tampoco adolece de error de Derecho.

6. DECISIÓN DE AMPLIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN FORMAL

- (51) Como consecuencia de la anulación de la Decisión de 16 de diciembre de 2003, la Comisión debe adoptar una nueva Decisión en virtud del artículo 266 del TFUE y del artículo 13 del Reglamento (CE) nº 659/1999 para cerrar el procedimiento con arreglo a los puntos de Derecho establecidos de forma definitiva por la sentencia del Tribunal de Justicia. Como la decisión de 16 de diciembre de 2003 quedó anulada, la Comisión debía reexaminar las cuestiones relativas a los artículos 3 y 4 de la misma.
- (52) Por un lado, ni el Tribunal de Justicia, ni el Tribunal General consideraron que la decisión de incoación adoleciese de irregularidad. Por consiguiente, puede constituir la base de una nueva Decisión final. Por otro lado, el Tribunal de Justicia estableció claramente las condiciones de aplicabilidad y de aplicación del criterio del inversor privado en una economía de mercado. Estos criterios se basan, en particular, en la existencia de elementos objetivos y verificables que demuestren que la decisión del Estado miembro era, efectivamente, realizar una inversión en la empresa pública controlada, basándose en evaluaciones económicas comparables a las que un inversor privado prudente en una economía de mercado habría mandado realizar, antes de la inversión, con el fin de determinar su rentabilidad futura ⁽¹⁾.
- (53) En la Decisión de ampliación del procedimiento de investigación formal, la Comisión observaba que, en esa fase del procedimiento administrativo, ninguna prueba, demostración o documento podía sustentar la afirmación de las autoridades francesas según la cual la reforma contable de 1997 equivaldría a una dotación complementaria de capital por un importe equivalente a la exención parcial del impuesto. Contrariamente a las observaciones de las autoridades francesas, tampoco parecía que dicha dotación complementaria de capital fuera, no una ayuda sino una inversión que habría realizado, en circunstancias comparables, un inversor privado prudente en una economía de mercado, justificada por las perspectivas de rentabilidad que ofrecía EDF en 1997 que, además, se concretaron en los años siguientes.
- (54) Por consiguiente, en su Decisión de ampliación, la Comisión precisaba, a la vista de la información y de los documentos disponibles, su análisis preliminar de la posible ventaja económica derivada del impago por EDF, en 1997, del impuesto de sociedades sobre la parte de las provisiones correspondiente a los 14 119 millones FRF de derechos del cedente reasignados como dotaciones de capital.
- (55) A este respecto, la apreciación global de los hechos del asunto parecía indicar que esta medida incumbía a la potestad pública, lo que descartaba la aplicabilidad del principio del inversor privado. En efecto, las autoridades francesas no aportaron, en apoyo de su afirmación, ninguna información o plan de negocios previo o simultáneo a la decisión de no recaudar el impuesto debido por EDF, que demostrase la rentabilidad de tal operación. Desde el punto de vista material, a la luz de los criterios enunciados por el Tribunal de Justicia, la Comisión afirmaba que convenía que Francia estableciese debidamente la fecha de los documentos aportados y la prueba de que habían sido examinados por los ministros y funcionarios competentes, así como por las asambleas del Parlamento, antes de que se adoptase la Decisión controvertida.
- (56) En cambio, a falta de estos elementos, es en el ejercicio de competencias fiscales donde Francia parecía haber reservado un trato fiscal excepcional a la reestructuración del balance de EDF, respecto de la reasignación de las provisiones de los derechos del cedente previsto en el artículo 4 de la Ley nº 97-1026. Ninguna disposición presupuestaria expresa asignaba de antemano este recurso fiscal en favor de EDF, como tampoco se habían ejecutado normas o controles en materia de inversión para proporcionar una base jurídica a la supuesta inversión.

⁽¹⁾ Sentencia Comisión/EDF, C-124/10P, UE:C:2012:318, apartado 84.

- (57) Asimismo, en su Decisión de ampliación, la Comisión observaba con carácter subsidiario que, aunque el principio del inversor privado en una economía de mercado hubiese sido aplicable, la aplicación de dicho principio permitía concluir en esa fase que un inversor privado no habría invertido 5 880 millones FRF en la aportación al capital de EDF en 1997. En ausencia de datos facilitados por las autoridades francesas, parecía imposible que cualquier accionista privado que actuase en condiciones normales de mercado hubiese realizado la supuesta inversión sin haber examinado previamente estudios objetivos y fiables, efectuados preferentemente por un tercero imparcial, asesor en inversiones, en lugar de, por ejemplo, la empresa beneficiaria, que mostrasen, en particular, el rendimiento del capital invertido, de las inversiones y los riesgos inherentes, en términos absolutos y en relación con los sistemas de remuneración, vinculados a semejante inversión.
- (58) A este respecto, la Comisión añadió a los factores que un inversor privado prudente habría examinado antes de comprometer sus fondos, la incertidumbre sobre el importe y la evolución de las cargas de financiación de las pensiones a las que EDF debía hacer frente en 1997, en aplicación de su régimen específico, y la evaluación que podía hacer de ello un inversor en esa época.
- (59) En estas circunstancias, la exención parcial del impuesto de sociedades en 1997 no aparecía como una inversión productiva por parte del Estado accionista, sino más bien como una medida excepcional de tipo fiscal que podía haber conferido una ventaja económica a EDF.
- (60) Se observaba, por otra parte, que el impago del impuesto de sociedades por EDF ponía en juego recursos estatales y podía afectar a la competencia y a los intercambios comerciales entre Estados miembros, cumpliéndose así los demás requisitos para la aplicación del artículo 107, apartado 1, del TFUE.
- (61) En ausencia de una base jurídica que permitiese sustentar la compatibilidad con el mercado interior de una ayuda de funcionamiento que refuerza la posición de EDF frente a sus competidores, en su Decisión de 2 de mayo de 2013 la Comisión expresó dudas en cuanto a la compatibilidad de la ayuda con el mercado interior. Dudas similares ya se habían planteado en la Decisión de incoación.

7. OBSERVACIONES DE LOS TERCEROS INTERESADOS

- (62) Mediante carta de 29 de julio de 2013, EDF presentó observaciones sobre la Decisión de ampliación. EDF formula tres críticas principales al razonamiento desarrollado en esa Decisión: i) la Decisión ignora las conclusiones de la sentencia del Tribunal y pasa por alto la verdadera naturaleza de la recapitalización de EDF aplicada por el Estado, ii) la Decisión es excesivamente formalista al presuponer erróneamente la necesidad de un plan de negocios vinculado a la inversión cuando la recapitalización es fruto de una reflexión cuidadosamente planificada, tal como indican numerosos documentos de entonces, y iii) la Decisión postula, sin demostrarlo, que ningún inversor en la situación más similar a la del Estado habría llevado a cabo una inversión comparable, contrariamente a los elementos de hecho presentados por EDF en apoyo de sus observaciones.
- (63) Para EDF, la Comisión seguiría así analizando la medida adoptada por el Estado francés en 1997 a través del único prisma de sus supuestas consecuencias fiscales, cuando el Tribunal General refutó claramente este enfoque. Como afirmó el Tribunal, la medida aplicada por el Estado cuando procedió a la reasignación de los derechos del cedente como dotación de capital constituye una operación de recapitalización de EDF destinada a corregir el desequilibrio en el balance de EDF con vistas a la apertura del mercado de la energía a la competencia. La carta del ministro de Economía, de 22 de diciembre de 1997, no contiene una decisión fiscal distinta de la Ley de 1997, sino que sirve para comprobar las consecuencias fiscales. Esta medida de recapitalización, una e indivisible, es la que conviene examinar, y no supuestas consecuencias fiscales que se separan artificialmente de ella en la Decisión de ampliación del procedimiento de investigación formal.
- (64) Según EDF, la jurisprudencia no exigiría un plan de negocios específico de la inversión, ya que aquella no establece ningún formalismo en la materia, pero requiere elementos objetivos y verificables anteriores o coetáneos de la medida examinada. Por lo demás, dicho plan de negocios no habría sido indispensable para el Estado en 1997. Este disponía de cinco representantes en el Consejo de Administración de EDF, poseía todo el capital de EDF desde 1946 y, en la época de los hechos, conocía perfectamente la empresa y estaba asociado a su gestión y a la elección de sus orientaciones estratégicas en una perspectiva a largo plazo. Según EDF, esta perspectiva a largo plazo sería particularmente pertinente en su caso debido a la intensidad de capital de su actividad y de la vida útil, de varios decenios, de las instalaciones, que varía entre 30 y 75 años en algunos casos.

- (65) Para EDF, fue en su condición de accionista y no de poder público como el Estado, según muestran numerosos documentos de la época, realizó una inversión sobre la base de análisis y evaluaciones prospectivas precisas. Así pues, ya en 1995 comenzaron los trabajos realizados por EDF y sus ministerios de tutela para sacar las consecuencias del dictamen del Tribunal de Cuentas mencionado en el considerando 26. Estos trabajos se centraron principalmente en la reorganización del balance de la empresa y en la rentabilidad del capital. Desembocaron en la firma, el 8 de abril de 1997, del contrato de empresa entre el Estado y EDF para el período 1997-2000 y, en paralelo, en la presentación, el 2 de abril de 1997, de un proyecto de ley por la que se adoptaban diversas disposiciones de tipo económico y financiero, cuyo artículo 45 reproducía textualmente las disposiciones del artículo 4 de la Ley nº 97-1026. Los trabajos preparatorios de la Asamblea y del Senado, incluso la propia Ley, demuestran, según EDF, que la naturaleza de la intervención del Estado es la de un accionista: una dotación de capital para la recapitalización de EDF.
- (66) Como lo demuestran una cuarentena de documentos de la época que EDF adjunta a sus escritos, en sus análisis y reflexiones el Estado se guiaba por cuatro preocupaciones principales:
- tener en cuenta el nuevo contexto competitivo de apertura progresiva de los mercados a raíz de la Directiva 96/92CE,
 - normalizar sus relaciones financieras con EDF sobre bases de Derecho común, poniendo fin a ciertas ambigüedades que pudieron existir en el pasado,
 - remediar el desequilibrio significativo que afectaba a la estructura del balance de EDF mediante el refuerzo de sus fondos propios,
 - facilitar las comparaciones internacionales para aumentar la credibilidad de la empresa ante la comunidad financiera.
- (67) Por último, en lo que se refiere a EDF, el criterio del inversor privado prudente en una economía de mercado es aplicable no solo a la luz de las consideraciones mencionadas, sino que, además, se cumple en el presente caso ya que el Estado actuó como lo habría hecho un inversor privado. Para EDF, según el Tribunal (apartados 78 y 89 de la sentencia), se trata de determinar si EDF hubiera podido obtener la misma ventaja que la que obtuvo mediante recursos del Estado en circunstancias normales de mercado y si dicha ventaja, debido a sus efectos, pudo falsear o amenazar con falsear la competencia.
- (68) Muchos documentos de la época muestran también que el Estado sí examinó y cuantificó la rentabilidad de su inversión, como lo habría hecho un inversor que fuese accionista único de la empresa y desarrollase una perspectiva a largo plazo. Sobre esta base se fijó la remuneración del Estado en el contrato de empresa de EDF 1997-2000, remuneración que entonces era conforme a las retribuciones de los accionistas de sociedades comparables. El Estado examinó de este modo los importes estimados que EDF hubiera debido pagarle de 1997 a 2000 antes de la celebración del contrato.
- (69) Por otra parte, en sus observaciones de julio de 2013, EDF anticipaba un estudio encargado a Oxera, que aún no estaba finalizado cuando EDF presentó sus observaciones. EDF alegaba que el estudio Oxera compararía la tasa de rentabilidad interna esperada de la inversión del Estado en 1997 con la exigida por los mercados de capitales para una inversión similar, y pondría de manifiesto que un inversor privado habría realizado la inversión en las condiciones establecidas en el contrato de empresa 1997-2000.
- (70) EDF remitió a la Comisión, el 18 de octubre de 2013, este estudio de Oxera, fechado el 15 de octubre de 2013 ⁽¹⁾, sin más comentarios. Como anticipaba EDF en sus observaciones de julio de 2013, el estudio Oxera concluye que un inversor privado prudente en una economía de mercado habría invertido en el aumento del importe de las aportaciones de capital para EDF. Esta conclusión se deriva de que el beneficio (tasa interna de rentabilidad) que ese inversor hubiera podido esperar en 1997 se situaba en una franja de entre el 35 % y el 15 %, y en el 27 % por término medio, a cinco años vista, en cualquier caso, superior a la rentabilidad del 12,7 % que dicho inversor hubiese pedido. La rentabilidad se calcula teniendo en cuenta el valor, al inicio y al final del ejercicio, de la venta de los derechos que el Estado tiene en EDF.

⁽¹⁾ «Does the 1997 recapitalisation of EDF by the French State meet the private investor test?». Informe final de 15 de octubre de 2013.

- (71) EDF considera que, aparte de la escasez de capital propio, los fundamentos económicos de EDF estaban sanos en 1997, como observaban los analistas de la época, que no expresaron ninguna duda sobre su viabilidad financiera o sus perspectivas comerciales cuando el Estado realizó su inversión. La calificación financiera de EDF era excelente (Aaa para Moody's entre 1992 y 1997, AAA para Standard & Poor's en 1996-1997) y se habría mantenido incluso si hubiese sido necesario rebajarla en uno o dos grados para tener en cuenta la garantía estatal de que disfrutaba EDF como entidad pública de tipo industrial o comercial. Se desprende de varios documentos de la época que el nivel de remuneración del Estado francés por EDF era comparable a los tipos de rendimiento en dividendos de las empresas del CAC40 (del 4,5 % al 5 % del capital), así como de las empresas activas en el sector de la energía en Europa (el 4,7 % y el 5,27 % respectivamente, estimaciones para 1996 y 1997). Esto demuestra además que EDF habría podido obtener el mismo importe de capital en el mercado de capitales, de modo que las consecuencias de la medida no podían falsear la competencia.
- (72) En particular, EDF considera que un inversor privado, titular de la totalidad del capital de una filial, habría podido realizar, en condiciones comparables, una inversión similar en dicha filial, convirtiendo en capital un crédito, de cualquier naturaleza, frente a la misma. Este análisis fue respaldado por un dictamen jurídico emitido a petición de EDF. Al intentar poner remedio a una estructura financiera desproporcionada por la escasez de fondos propios en comparación con la deuda financiera, el Estado permitió también a la empresa competir con otros operadores importantes del sector en la Unión. Ese mismo accionista no habría dejado, de forma consciente, que persistiera un desequilibrio importante en el balance de su filial con fundamentos económicos sanos, cuando podía resolver fácilmente ese desequilibrio mediante la conversión de un crédito en capital.
- (73) Por tanto, para EDF, es razonable suponer que un inversor privado que se encontrase en una situación lo más parecida a la del Estado, es decir, un accionista al 100 % de la empresa, desarrollando una perspectiva a largo plazo, en un mercado con una elevada proporción de capital a punto de abrirse a la competencia, habría realizado la misma inversión.

8. OBSERVACIONES DE FRANCIA SOBRE LA DECISIÓN DE AMPLIAR EL PROCEDIMIENTO

- (74) Las autoridades francesas consideran, con carácter principal, que el Estado actuó como un inversor privado prudente en una economía de mercado al reasignar como exención de impuesto sobre sociedades los derechos del cedente en dotación de capital de EDF. Consideran que, en contra de lo que se dice en la Decisión de incoar el procedimiento, de 16 de octubre de 2002, y en la Decisión de ampliación del procedimiento, de 2 de mayo de 2013, la medida que la Comisión debe analizar es una única medida de recapitalización de EDF mediante la adopción del artículo 4 de la Ley nº 9-1026 y no la de la concesión de una exención fiscal relativa a la reasignación de los derechos del cedente como dotación de capital, que se aleja del contenido de dicha Ley. Se basan en la información disponible en varios documentos de 1996 y 1997 anexos a sus observaciones, que respaldan y corroboran, según ellas, dicha afirmación. Estos documentos se mencionan en los considerandos 87 a 108. Para las autoridades francesas, otros documentos presentados por EDF confirman asimismo las observaciones de Francia.
- (75) Subsidiariamente, las autoridades francesas recuerdan que impugnan el importe de la ayuda y reiteran sus observaciones de 20 de noviembre de 2003 según las cuales el tipo impositivo aplicable a dicho impuesto debe ser el de 1996 y no el de 1997, como se expone en el considerando 47.

Aplicabilidad del principio del inversor privado en una economía de mercado

- (76) Las autoridades francesas impugnan que la exención fiscal controvertida se deba a la calidad de poder público de Francia, lo que hace inaplicable el principio del inversor privado prudente en una economía de mercado. Consideran que el Tribunal de Justicia no exige al Estado miembro que presente un verdadero plan de negocios relativo a la medida controvertida.
- (77) A este respecto recuerdan, en primer lugar, que en 1997 EDF era un establecimiento público de tipo industrial y comercial, bajo la tutela del Estado, el cual, por lo tanto, tenía un conocimiento profundo de la empresa así como de su estrategia industrial y de sus perspectivas financieras. Consideran, en consecuencia, que la presentación de la información y las evaluaciones de las que el Estado disponía antes de adoptar la medida controvertida y que demuestran la rentabilidad de la inversión, son admisibles. La Comisión debe proceder a un análisis global que incluya esos elementos, así como cualquier otro dato pertinente.

- (78) En segundo lugar, habida cuenta de la naturaleza y del objeto del artículo 4 de la Ley nº 97-1026, las autoridades francesas consideran que el Estado actuó en su condición de accionista al conceder una exención fiscal a la reasignación de las provisiones de los derechos del cedente. De hecho, esta Ley fue precedida por la firma, el 8 de abril de 1997, del contrato de empresa entre el Estado y EDF para el período 1997-2000, cuya ejecución presuponía la adopción de medidas legislativas de reestructuración de su balance. Previamente, en una carta de 12 de julio de 1996, las autoridades de tutela habían indicado a EDF que dicho contrato debía fijar a EDF un objetivo ambicioso de remuneración del Estado. Ahora bien, el título III del contrato establecía una remuneración del Estado resultante de dos elementos: i) una remuneración de las aportaciones de capital a un tipo fijo del 3 % y ii) una remuneración adicional igual al 40 % del resultado neto contable de EDF; pero el importe combinado de los dos elementos no podía ser superior al 6 % del importe de las aportaciones de capital.
- (79) El Estado examinó esta remuneración en forma de perspectivas de dividendos que cifró, por lo que se refiere a la remuneración adicional, en 3 500 millones FRF, pudiendo alcanzar los 6 000 millones FRF durante el período, como lo demuestra una carta de 22 de abril de 1997 de las autoridades de tutela a EDF. Esta estimación se basaba en las perspectivas económico-financieras que EDF había remitido a los servicios del Ministerio de Finanzas el 19 de febrero de 1997, y sobre las hipótesis del contrato de empresa. El informe de septiembre de 1997 del ponente en el Senado de la Ley nº 97-1026, incluía también análisis de los servicios del Ministerio sobre el impacto previsto sobre la remuneración del Estado accionista para 1998, a saber, 2 600 millones FRF, de los cuales 1 500 millones FRF representan el interés fijo y 1 100 millones FRF, la remuneración adicional. El Estado consideró, pues, las previsiones futuras de remuneración antes de proceder a la adopción de la medida de que se trata, como cualquier accionista que desee participar en la ampliación de capital de su empresa.
- (80) En tercer lugar, las autoridades francesas consideran que la reasignación como provisiones de los derechos del cedente y, de forma más general, la reestructuración del balance de EDF y el refuerzo de los fondos propios compensaban la debilidad de la estructura financiera de la empresa. Si dicha debilidad se hubiera mantenido, es probable que EDF hubiera debido hacer frente a un aumento del tipo de interés sobre su deuda y a un problema con sus socios comerciales, debido a una percepción negativa del riesgo de contrapartida. Esta preocupación del Estado accionista remite a la exposición de motivos del artículo 4 del proyecto de ley que se convirtió posteriormente en la Ley nº 97-1026, igual que al discurso del ministro competente en la presentación del proyecto de ley ante el Senado el 2 de octubre de 1997.
- (81) Los informes del diputado y del senador ponentes del proyecto de ley ante la Asamblea Nacional y el Senado, respectivamente, resaltan además el efecto positivo de la reestructuración del balance de EDF en los ratios de deuda en relación con los fondos propios: el primer informe consideraba estos (24 200 millones FRF) insuficientes con respecto a las deudas de empréstito (131 900 millones FRF) y al activo neto (696 400 millones FRF); el refuerzo de los fondos propios devolvería a EDF una estructura de balance más conforme a su realidad patrimonial, permitiendo comparaciones más pertinentes con los competidores europeos; el segundo informe insistía, además, en el efecto positivo para EDF de una mayor credibilidad ante la comunidad financiera y sus socios potenciales. Ahora bien, en opinión de las autoridades francesas, el refuerzo de la estructura financiera de una empresa corresponde a lo que haría un inversor privado prudente en una economía de mercado, en una situación similar.
- (82) De ello se deduce, según las autoridades francesas, que la prueba del inversor privado prudente en una economía de mercado sí que era aplicable al caso y que el Estado actuó en su condición de accionista al reasignar, sin gravamen fiscal, las provisiones de los derechos del cedente como aportación de capital a EDF.

Aplicación del principio del inversor privado en una economía de mercado

- (83) En primer lugar, las autoridades francesas recuerdan que el contrato de empresa entre el Estado y EDF establecía una remuneración del Estado como consecuencia de dos elementos: i) una remuneración de las aportaciones de capital a un tipo fijo del 3 % y ii) una remuneración adicional igual al 40 % del resultado neto contable de EDF, lo que demuestra que el Estado disponía de información sobre el rendimiento esperado del capital invertido. Como demuestra, por otra parte, el informe del diputado de la Asamblea Nacional antes citado, habida cuenta de la existencia de un tipo fijo para las aportaciones de capital, la reasignación como capital de las provisiones de los derechos del cedente tuvo como efecto aumentar en términos absolutos la remuneración del Estado, debido a la ampliación de la base imponible.
- (84) Por otra parte, las autoridades francesas consideran que la rentabilidad de la inversión en EDF en 1997 debía considerarse en una perspectiva a largo plazo respecto a los pagos futuros al Estado y a la luz del incremento del valor de la empresa. Ahora bien, a los resultados netos positivos después de impuestos y remuneración del Estado (1 400 millones FRF además de 2 500 millones FRF en 1998 de remuneración del Estado), se añade la generación de recursos importantes en el período 1997-2000, de cerca de 70 000 millones FRF, como preveía el contrato de empresa. Como subraya el correo de EDF de 19 de febrero de 1997, el Estado sí que había fijado el objetivo de incrementar el valor patrimonial de la empresa hasta ese importe, como resultado de la reducción de la deuda, de la constitución de activos y de las inversiones en desarrollo, lo que proporcionaba perspectivas de aumento del valor del capital de EDF.

- (85) Por último, en la apreciación del riesgo de la inversión, el Estado accionista tuvo en cuenta las características de la actividad predominante de EDF, que se desarrolla principalmente en Francia y que se basa en un principio de tarifas reguladas que deben cubrir los costes de la empresa. Estas características reducirían el riesgo asociado a la inversión y, por tanto, la exigencia de rentabilidad. Una nota de EDF, de 27 de julio de 1996, remitida al Senado el 15 de septiembre de 1997, muestra además que las retribuciones de los accionistas en empresas extranjeras eran significativamente diferentes en función del entorno institucional y reglamentario del sector en cada país.
- (86) De ello se deduce, según las autoridades francesas, que el Estado tuvo un comportamiento de inversor privado prudente en una economía de mercado cuando reasignó las provisiones de los derechos del cedente como dotaciones de capital, sin cobrar el impuesto de sociedades. Esta conclusión se ve confirmada, además, por las observaciones de EDF, incluidos los estudios y evaluaciones en las que se basan, mencionados en los considerandos 62 a 73. En particular, para el estudio económico de Oxera remitido por EDF, las autoridades francesas consideran que la Comisión debe llevar a cabo el mismo análisis para determinar si la recapitalización de EDF por el Estado en 1997 presenta o no el carácter de una inversión prudente.

Documentos remitidos por Francia en apoyo de sus observaciones

- (87) En apoyo de su respuesta a la Decisión de ampliación, las autoridades francesas remitieron nueve documentos a la Comisión, como anexo a sus observaciones de 1 de julio de 2013. Estos nueve documentos se presentan en apoyo de su afirmación, ya incluida en sus observaciones de 11 de diciembre de 2002, según la cual una dotación complementaria de capital equivalente al producto del impuesto no cobrado estaba justificada por las perspectivas de rentabilidad que ofrecía EDF en 1997, y que se concretaron además durante los años siguientes. Sin perjuicio de los elementos aducidos por Francia en sus observaciones, conviene proceder a un análisis sistemático de los principales elementos contenidos en estos documentos.
- (88) Los documentos se refieren bien a la preparación o ejecución del contrato de empresa entre el Estado y EDF para el período 1997-2000, bien a la discusión del proyecto de ley que se convirtió posteriormente en la Ley nº 97-1026. Se trata de documentos que datan de 1996 a 1997 y son, por tanto, coetáneos de la supuesta decisión de inversión. Más concretamente, estos documentos son el contrato de empresa 1997-2000 ⁽¹⁾, cartas de los ministros de tutela a la empresa ⁽²⁾, cartas de la empresa a las administraciones del Ministerio o del Senado ⁽³⁾, así como documentos y dos informes de la Asamblea Nacional y del Senado en previsión del debate sobre el proyecto de ley ⁽⁴⁾. El contenido de los documentos se detalla a continuación.
- (89) En una carta de 12 de julio de 1996 al presidente de EDF, los ministros de tutela celebran los resultados del contrato programa 1993-1996 entre EDF y el Estado, y en vista del plazo del 31 de diciembre de 1996, abordan la preparación del contrato programa 1997-2000. Además, la carta precisa que la definición de los equilibrios financieros del contrato programa 1997-2000 debe formar parte de un nuevo marco que normalice la situación contable y fiscal de EDF, tras los trabajos realizados desde 1995. En dicha carta se solicitaba emprender los trabajos y debates entre los servicios responsables y EDF, y comunicar a la empresa los tres objetivos principales que debían tenerse en cuenta en el futuro contrato.

- en primer lugar, los ministros pedían lo siguiente: «Los aumentos de productividad realizados por la empresa deben permitirle proseguir su política de reducción de tarifas, lo que contribuirá a la competitividad de la industria francesa y al incremento del poder adquisitivo del consumidor nacional»,
- EDF debía asimismo mantener simultáneamente su esfuerzo de reducción de la deuda y fijarse un objetivo ambicioso de remuneración del Estado, con un mecanismo que incluyera incentivos para que EDF mejorara sus resultados,
- por último, el contrato programa debía fijar también las orientaciones estratégicas del desarrollo de EDF a nivel internacional, ordenando las prioridades.

⁽¹⁾ Contrato de empresa Estado/EDF 1997-2000, firmado el 8 de abril de 1997.

⁽²⁾ Carta de 12 de julio de 1996 del ministro de Economía y Finanzas y del ministro de Industria, Correos y Telecomunicaciones al presidente de EDF, carta de 22 de abril de 1997 del ministro de Economía y Finanzas, del ministro delegado para el Presupuesto y del ministro de Industria, Correos y Telecomunicaciones al presidente de EDF.

⁽³⁾ Carta del director financiero de EDF a la jefa del servicio de financiaciones y participaciones del Tesoro, de 19 de febrero de 1997; nota de análisis de EDF, de fecha 27 de julio de 1996, sobre remuneración del accionista, remitida al Senado el 15 de septiembre de 1997.

⁽⁴⁾ Exposición de motivos del artículo 45 del proyecto de ley relativa a diversas disposiciones de orden económico y financiero, aprobado en Consejo de ministros el 5 de abril de 1997; Informe de la Comisión de Finanzas, de Economía General y del Plan, de la Asamblea Nacional, presentado por el diputado Didier Migaud, de 10 de septiembre de 1997, relativo al proyecto de Ley nº 201 sobre medidas urgentes de tipo fiscal y financiero; informe del senador Alain Lambert relativo al proyecto de Ley sobre medidas urgentes de tipo fiscal y financiero, presentado el 24 de septiembre de 1997; discurso del ministro de Economía, Finanzas e Industria en la presentación del proyecto de ley MUFF ante el Senado el 2 de octubre de 1997.

- (90) En la etapa siguiente de los trabajos de preparación del contrato, el 19 de febrero de 1997, el director financiero de EDF transmitió a la Dirección del Tesoro una nota de EDF de 18 de febrero de 1997. La nota contenía las principales hipótesis del escenario financiero asociado al contrato de empresa entre EDF y el Estado para el período 1997-2000, incluidas, en particular, las cuentas de resultados anuales y los cuadros de financiación previstos para ese período.
- (91) La nota preveía una reducción de tarifas cada año (– [...] (*) %, – [...] %, – [...] %, – [...] %), inversiones industriales de desarrollo por un importe de [...] FRF, de los cuales [...] FRF a nivel internacional, e inversiones de [...] FRF en la actividad principal durante el período 1997-2000. También se planteaba una remuneración fiscalmente deducible de las aportaciones de capital del 3 % sobre una base imponible estimada en 50 000 millones FRF después de la reestructuración del balance y del 40 % del resultado después de la parte fija de la remuneración y el impuesto sobre sociedades. La deuda a final de año también debía pasar de [...] FRF, a finales de 1996, a [...] FRF, a finales de 2000. Asimismo, el saldo de la deuda menos los activos debía pasar de [...] FRF, a finales de 1996, a [...] FRF, a finales de 2000.
- (92) Entre los documentos remitidos por las autoridades francesas en anexos a sus observaciones, la nota de EDF de 18 de febrero de 1997, remitida a las autoridades de tutela al día siguiente, es el único que contiene previsiones y proyecciones sistemáticas y cuantificadas de los resultados económicos y financieros de explotación de EDF. Sobre la base de estas previsiones de febrero de 1997, el Estado accionista podía esperar una rentabilidad del capital invertido de 2 100 millones FRF en 1997, 2 500 millones en 1998, 2 400 millones en 1999 y 2 400 millones en 2000, lo que representa 2 350 millones FRF de media anual. La cuenta de resultados previstos de EDF para 1997-2000 que figura en la nota, se presentaba de la siguiente manera:

Cuadro 1

Cuenta de resultados previstos de EDF 1997-2000 (miles de millones FRF corrientes)

	1997	1998	1999	2000
Ingresos	186,3	184,2	185,7	187,5
Gastos	177,0	177,2	179,1	180,9
incluidos combustible y compras de energía	36,9	36,8	37,8	38,5
incluidos gastos de explotación	88,3	91,2	93,6	95,7
Resultado de la actividad principal	9,3	7,0	6,6	6,6
Resultado antes de remuneración del Estado	6,8	6,5	6,1	6,1
Remuneración de las aportaciones de capital	1,5	1,5	1,5	1,5
Remuneración adicional	0,6	1,0	0,9	0,9
Impuesto de sociedades	3,9	2,6	2,4	2,3
Resultado neto	0,9	1,4	1,3	1,4

Fuente: Nota de EDF de 18 de febrero de 1997 «Contrato de empresa-Perspectivas económico-financieras»

- (93) Tal como se indica en la nota de EDF, la remuneración pagada al Estado era deducible fiscalmente. Esto constituye una excepción al principio según el cual el impuesto sobre sociedades se recauda sobre el resultado de la empresa después de deducir la amortización y los intereses, lo que disminuye el resultado neto y, por consiguiente, el importe eventualmente destinado al pago de dividendos. Esta excepción *ad hoc* aumentaba potencialmente la remuneración abonada al Estado accionista pero disminuía en la misma proporción el impuesto que debía pagarse al Estado perceptor. En su respuesta de 23 de diciembre de 2013, las autoridades francesas precisan que la remuneración de las aportaciones de capital fue asimilada a un dividendo de derecho común a partir de 2001 y, por consiguiente, se suprimió el carácter fiscalmente deducible de dicha remuneración. Esta regla de asimilación se aplicó para el contrato de grupo entre EDF y el Estado para el período 2001-2003, que sucedió al contrato 1997-2000.

(*) Información amparada por el secreto profesional.

- (94) El 8 de abril de 1997, un contrato de empresa entre el Estado y EDF para el período 1997-2000 fue celebrado y firmado por los ministros de tutela y por el presidente y Director General de EDF. El contrato precisaba las principales orientaciones que EDF debía dar a su acción a medio plazo, contenía los compromisos recíprocos de los firmantes y recordaba que dichos compromisos se adquirirían en el marco de amplias hipótesis de referencia y solo podían ser cuestionados en caso de una modificación significativa del entorno empresarial. El contrato recogía diversos compromisos en tres títulos: reafirmar las funciones básicas de la empresa pública (título I), preparar hoy el futuro de la empresa (título II) e inscribir la empresa en un marco financiero e institucional renovado (título III). En dos anexos al contrato se detallaban los indicadores de rendimiento seguidos para la ejecución (anexo I) y los movimientos tarifarios previstos por año entre 1997 y 2000 (anexo II).
- (95) Los principales compromisos y orientaciones especificados en el contrato en relación con el objeto de la presente Decisión figuran a continuación:
- el Estado reafirmaba su voluntad de mantener el estatuto de la empresa que, entre otras cosas, había demostrado su eficacia y debería seguir siendo una referencia estable en el futuro, como permitía la Directiva europea sobre la organización del mercado interior de la electricidad ⁽¹⁾. Por su parte, EDF debía participar en la ordenación del territorio y en la solidaridad nacional, especialmente mediante una política ambiciosa para apoyar la actividad económica y el empleo, poniéndose al servicio de las entidades locales para ayudarlas a crear empleo y mejorando la situación de sus clientes más necesitados (título I),
 - el desarrollo de EDF debía favorecer «el refuerzo de la competitividad de las empresas francesas»; de este modo, los aumentos de productividad a los que la empresa se comprometía debían destinarse prioritariamente a la reducción del nivel medio de sus precios. Los ajustes de tarifas debían implicar reducciones medias en francos constantes del [...] % en abril de 1997, [...] % en abril de 1998, [...] % en abril de 1999 y [...] % en abril de 2000. Al mismo tiempo, el desarrollo de EDF debía tratar de conquistar nuevos mercados con una fuerte preferencia por Europa (título II),
 - el balance de EDF debía reestructurarse con el doble objetivo de reforzar la situación neta de la empresa y de estabilizar la relación financiera con el Estado sobre bases más cercanas al Derecho común; así, el Gobierno se comprometió a presentar al Parlamento una medida legislativa para reestructurar el balance de EDF en 1997, con fecha 1 de enero de 1997 para el inicio de la reestructuración. El contrato establecía una remuneración del Estado accionista compuesta por dos elementos: una remuneración de las aportaciones de capital con un tipo de interés del 3 % y una remuneración adicional igual al 40 % del resultado contable neto, con un límite máximo de la suma de estos componentes al 6 % del importe de las aportaciones de capital, sin incluir un cálculo estimado en valor absoluto de los importes previstos. Además, para el período 1997-2000, EDF se comprometía, entre otras cosas, a dedicar [...] FRF a inversiones industriales a nivel internacional, a rebajar su deuda bruta a [...] FRF para finales de 2000, reduciéndola en [...] FRF para inscribirse en una dinámica que permitiese liquidarla cuando llegase la hora de la renovación del parque de generación. Por último, el contrato preveía que en caso de que se superasen los objetivos y se generase un excedente de recursos, dicho excedente debía destinarse «principalmente a una reducción de tarifas adicional», antes que a la remuneración del Estado accionista o a la participación del personal de la empresa (título III).
- (96) Una carta de los ministros cosignatarios del contrato de empresa al presidente de EDF, de 22 de abril de 1997, confirma el carácter consensual y definitivo de las hipótesis de referencia y de las proyecciones financieras recogidas en la nota de EDF, de 18 de febrero de 1997, en las que se basa el contrato de empresa 1997-2000. En efecto, la carta remite, de manera expresa, a la concertación previa entre EDF y los poderes públicos para la elaboración del escenario financiero. Recoge el objetivo de una reducción media del [...] % de las tarifas de EDF en cuatro años.
- (97) La carta de 22 de abril de 1997 menciona las disposiciones del Decreto de 14 de mayo de 1956, modificado, y las modalidades de la remuneración abonada al Estado, incluidas en el título III del contrato de empresa. En coherencia con estas disposiciones, la carta precisa que «del escenario de referencia se desprendería un importe de remuneración adicional de 3 500 millones FRF para el período» 1997-2000 y que estas circunstancias hacían posible alcanzar un importe total de pagos al Estado de 5 100 millones FRF en 1997, incluyendo el interés fijo y el pago a cuenta del impuesto de sociedades. Estos importes corresponden a los que figuran en la nota de EDF de 18 de febrero de 1997. La correspondencia de los importes de remuneración adicional calculada sobre los resultados de la empresa corrobora que los importes de cualquier naturaleza (ingresos, gastos, resultado neto, etc.) previstos en la cuenta de explotación de previsiones de EDF para el período 1997-2000 fueron examinados, validados y aceptados por las autoridades de tutela.

⁽¹⁾ El contrato se refiere a la Directiva 96/92/CE. Esta Directiva, al igual que aquellas que le sucedieron, no establece normas en cuanto al estatuto de sociedad de productores, transportadores o distribuidores de electricidad en el mercado interior.

- (98) La carta de los ministros de tutela, de 22 de abril de 1997, subraya también que los grandes equilibrios del contrato se inscribían en el marco contable y fiscal de la reestructuración del balance de EDF, que debía entrar en vigor, a reserva de las disposiciones legislativas necesarias, el 1 de enero de 1997. A este respecto, la carta precisa que «[l]as disposiciones detalladas de aplicación de esta reestructuración, tanto en el plano contable como en el fiscal, serán objeto, sobre la base del esquema decidido ahora, de intercambios complementarios entre las autoridades y la empresa».
- (99) En efecto, poco antes de dicho escrito, el Gobierno presentó a la Asamblea Nacional un proyecto de ley aprobado en Consejo de ministros el 5 de abril de 1997, por la que se adoptaban diversas disposiciones de tipo económico y financiero, cuyo artículo 45 preveía la reasignación de las provisiones contables de EDF. La exposición de motivos de dicho proyecto explicaba que los ajustes contables previstos permitirían que EDF contara con un balance más conforme a su situación económica real, con un nivel de fondos propios proporcional a su volumen de actividad. El proyecto de ley no llegó a tramitarse como consecuencia de la disolución de la Asamblea Nacional, que tuvo lugar el 21 de abril de 1997.
- (100) Tras la presentación al Parlamento del proyecto de Ley de medidas urgentes de tipo fiscal y financiero que se aprobó posteriormente como Ley nº 97-1026, la Asamblea Nacional y el Senado designaron sus ponentes. El informe nº 204 de la Asamblea Nacional describe los antecedentes de la necesidad de aclarar el estatuto patrimonial de las obras de transporte de electricidad de EDF, que volvería obsoletas las prácticas contables impugnadas por el Tribunal de Cuentas en su Informe especial sobre las concesiones de EDF nº 1993, de 10 de octubre de 1994. El informe explica las modificaciones contables necesarias y aporta estimaciones cifradas de sus consecuencias sobre las distintas partidas del balance de la manera siguiente:

Cuadro 2

Efectos de la reorganización de los fondos propios de EDF derivada del artículo 4 de la Ley MUFF sobre las cuentas de 1996 (en miles de millones de FRF)

	Final de 1996	Efecto del artículo
Fondos propios	24,2	79,8
de los cuales (partidas del pasivo):		
Fondos propios	2,6	2,6
Aportaciones de capital	36,6	50,7
Diferencias de reevaluación	2,1	6,2
Reservas reglamentarias	0,15	0,15
Remanente de ejercicios anteriores ⁽¹⁾	- 20,2	18,3
Resultado del ejercicio después de la remuneración del Estado	1,9	1,9

Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas.

⁽¹⁾ Las modificaciones relativas al remanente de ejercicios anteriores no forman parte de los efectos del artículo en sentido estricto, sino que son una consecuencia lógica de los mismos.

- (101) El informe de la Asamblea Nacional destaca las consecuencias del proyecto de ley para hacer más pertinente la comparación con los ratios de endeudamiento de otros competidores europeos (Austria, Gran Bretaña, Suecia, España y Alemania): tras la reestructuración del balance, el ratio deuda neta/fondos propios de EDF pasaría del 480 % al 148 %.
- (102) Además, el informe de la Asamblea Nacional destaca los cambios en las relaciones financieras entre el Estado y EDF. Explica el régimen jurídico y la remuneración de las aportaciones de capital a EDF, regulados por el Decreto nº 56-493, de 14 de mayo de 1956, modificado por el Decreto nº 86-1360, de 30 de diciembre de 1986. Este régimen preveía una remuneración de tipo fijo con un máximo del 8 % y una remuneración adicional sobre el resultado de EDF después de impuestos e interés fijo. Los pagos efectuados por EDF para el período comprendido entre 1991 y 1996 presentados en el informe alcanzaron 3 410 millones FRF al año, por término medio, durante ese período; en relación con los fondos propios a finales de 1996, estos pagos produjeron una rentabilidad corriente media del 14,1 % para el Estado accionista ⁽¹⁾; estos pagos quedan recogidos en el siguiente cuadro:

⁽¹⁾ La rentabilidad para el Estado accionista se explica por la debilidad de la base de aportaciones de capital de 36 000 millones FRF (denominador del ratio) y por la importancia de las provisiones contables. Tras contabilizar esas últimas, hasta 1996, el resultado neto anual de EDF se convertía en negativo. El remanente de ejercicios anteriores negativo de la cuenta de resultados repercutía en forma de consumo de fondos propios en el balance, fijados en 24 200 millones FRF (véase el cuadro 2, columna «Finales de 1996», que muestra como los fondos propios de EDF se veían amputados de un remanente de ejercicios anteriores negativo de 20 200 millones FRF, antes de la modificación introducida por el artículo 4 de la Ley nº 97-1026). Puesto que el impuesto no se recaudaba sobre resultados negativos, la rentabilidad muy positiva para el Estado accionista se realizaba en detrimento del Estado perceptor.

Cuadro 3

Relaciones financieras entre el Estado y EDF (en millones FRF corrientes)

	1991	1992	1993	1994	1995	1996
Intereses sobre las aportaciones de capital (PG-partida 407)	1 816	1 816	1 816	1 816	1 816	1 816
Remuneración adicional de las aportaciones de capital (PG-partida 116)	500	665	965	1 938	1 500	4 002
Total	2 316	2 481	2 781	3 754	3 316	5 818

Fuente: Informe de la Asamblea nacional, p. 77; cálculos de la Comisión para «total».

- (103) El informe de la Asamblea Nacional precisa, acerca de las modificaciones previstas en el balance de EDF, que como «las aportaciones de capital constituyen la base del interés fijo, el incremento de las mismas, inducido por el presente artículo podría aumentar la exacción sobre EDF. Está prevista, por tanto, una modificación de sus condiciones de remuneración en el contrato Estado-empresa 1997-2000, firmado el 8 de abril de 1997. El tipo de interés fijo se reducirá al 3 % para compensar el efecto “base imponible”. El informe señala, además, que a pesar de los beneficios realizados desde 1990, EDF no pagó el impuesto de sociedades y que la recuperación de las provisiones vinculada a la concesión de la RAG permitiría la liquidación, de una sola vez, de los remanentes de ejercicios anteriores contables y fiscales deficitarios acumulados. De hecho, el informe señala que, según el Ministerio de tutela, el organismo público (EDF) tendría que pagar 3 000 millones FRF en 1997 y 2 500 millones FRF en 1998, en concepto de impuesto de sociedades.
- (104) El informe de la Asamblea Nacional habla del examen de una enmienda parlamentaria al texto de ley que fue presentada y rechazada en comisión. La enmienda pretendía precisar que las provisiones contables desclasificadas debían transformarse en fondos propios mediante un asiento contable que no pasase por la cuenta de resultados de EDF, para evitar poner de manifiesto un beneficio muy importante que el Estado podría verse tentado de recaudar en parte. Para ello, la enmienda preveía que se incluyese en la Ley el procedimiento contable y se precisase que el Estado no podría efectuar ninguna exacción suplementaria sobre EDF con motivo de la transferencia de propiedad de los bienes de la RAG. El informe señala que «la inclusión del procedimiento contable de transformación de provisiones en fondos propios en la Ley ha sido descartada a petición del Consejo de Estado, ya que no es de naturaleza legislativa»; en el debate, el informe recoge varias opiniones parlamentarias según las cuales el Estado debe poder realizar otras exenciones sobre EDF, la empresa debe pagar el impuesto en función de sus beneficios y que la verdadera cuestión es «saber cuánto va a cobrar el Gobierno a EDF y de qué manera».
- (105) Por su parte, el informe del Senado elaborado con vistas al debate del proyecto de ley precisa el carácter injustificado de la creación de las provisiones contables para la renovación de los bienes de la RAG desde 1987. El discurso del ministro responsable ante el Senado, el 2 de octubre de 1997, con motivo de la presentación del proyecto de ley, puso de relieve la naturaleza «ficticia», a efectos fiscales, de las pérdidas de EDF y del impago del impuesto de sociedades que suponían dichas provisiones. El ministro tranquilizó al Senado en su discurso sobre el hecho de que el dispositivo no ponía de ningún modo en entredicho el monopolio de que disfrutaba EDF. El informe del Senado presenta las consecuencias del artículo examinado en las rúbricas del balance de EDF, antes y después de la reasignación de las provisiones, según un cálculo análogo al examinado en el informe de la Asamblea Nacional, que figura en el cuadro 2 anterior. El informe precisa que el retoque del balance haría más fácil la comparación con los balances de los competidores de EDF; ello daría una mayor credibilidad a EDF ante la comunidad financiera, tanto más importante cuanto que el coste de renegociación de su deuda dependía, en particular, del ratio deuda neta/fondos propios.
- (106) En cuanto a la «clarificación» de las relaciones financieras de EDF con el Estado, el informe del Senado precisa que «como contrapartida de los ingresos fiscales que el organismo público aportará a partir de ahora al Estado, el contrato de empresa celebrado el 8 de abril de 1997 para los años 1997 a 2000 prevé una ligera reducción de los pagos de EDF al Estado». Como consecuencia de la imputación positiva de la provisión para renovación de 38 500 millones FRF que hacía que EDF tuviera que pagar el impuesto de sociedades, el informe del Senado precisa que «las relaciones financieras entre el Estado y EDF han sido revisadas a la baja».

- (107) Por último, los demás documentos presentados por Francia incluyen una carta de transmisión de la Dirección Financiera de EDF a la Administración del Senado, de 15 de septiembre de 1997. La carta de EDF presentaba en anexo un cuadro con el cálculo de las consecuencias del artículo 4 del proyecto de ley, y las consecuencias sobre el balance, copia de la instrucción de 27 de julio de 1993 sobre las concesiones de distribución de electricidad y una nota interna de EDF de reflexión sobre las experiencias extranjeras con respecto a la remuneración de los accionistas en el sector eléctrico, con fecha 27 de julio de 1996. Este último documento explica los principios fundamentales aplicables a la remuneración del accionista, la disparidad y las cifras de rentabilidad en el caso de algunas empresas del sector: 60-80 % de los beneficios en los Estados Unidos, 40 % para National Power y Power Gen, 78 % para Unión Fenosa y 30 % para Endesa, que había proporcionado una rentabilidad al Estado español del 28 % durante el período 1991-1996, habida cuenta de los dividendos y de la apreciación del valor de las acciones.
- (108) A pesar de los otros dos documentos enviados al Senado por EDF en su escrito de 15 de septiembre de 1997, los principios, la cuantificación y su aplicación a la remuneración del accionista por EDF presentados en la nota de 27 de julio de 1996, no fueron analizados ni recogidos en el informe del Senado. Al contrario, el informe del Senado precisa, igual que el de la Asamblea Nacional, que la reducción prevista de la remuneración a pagar al Estado por EDF en concepto de aportación de capital efectuada por el Estado accionista fue realizada «para tener en cuenta el incremento de las dotaciones de capital que el presente artículo debía inducir».

9. EVALUACIÓN DE LAS MEDIDAS: EXISTENCIA DE AYUDA ESTATAL

- (109) El artículo 107, apartado 1 del TFUE establece que: «Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones». La aplicación de estas condiciones acumulativas a la exención fiscal concedida por Francia a EDF se examina a continuación.

9.1. VENTAJA SELECTIVA PARA UNA EMPRESA

- (110) Al haber establecido la Ley nº 97-1026 que EDF debía considerarse propietaria de la RAG que se le había concedido, se ha de comprobar si esta ley no implica una transferencia de propiedad de la RAG.
- (111) Según la información presentada por las autoridades francesas, es razonable considerar que EDF era propietaria de la RAG antes de la entrada en vigor de dicha ley. Esta conclusión se basa en los elementos siguientes: las características de los distintos tipos de contratos de concesión en Derecho francés, las características particulares de la concesión original a EDF, que no contenía ninguna cláusula precisa de retrocesión, el procedimiento de adquisición de los activos en cuestión, por los que EDF tuvo que pagar un derecho similar a una indemnización de expropiación y las condiciones de financiación del mantenimiento y desarrollo de la RAG a cargo de EDF. Por consiguiente, la «clarificación» en cuanto a la propiedad de la RAG, facilitada por la Ley nº 97-1026, no parece constituir, *per se*, una ventaja económica en favor de EDF.
- (112) En consecuencia, procede examinar si la Ley nº 97-1026 extrajo todas las consecuencias fiscales de la clarificación que aporta en cuanto a la propiedad de la RAG y, en el supuesto de que no fuera así, si no hubo una ventaja de tipo fiscal en favor de EDF.

9.1.1. La renuncia a recaudar el impuesto adeudado por EDF constituye «prima facie» una ventaja selectiva

- (113) Durante el período 1987-1996, EDF constituyó provisiones con exención de impuestos para la renovación de la RAG, de las que el Tribunal de Cuentas francés señaló la irregularidad. Según el artículo 4 de la Ley nº 97-1026, por el que se consideraba a EDF propietaria de la RAG, estas provisiones quedaron sin objeto y, por tanto, tuvieron que reasignarse a otras partidas del balance.
- (114) La carta del ministro de Economía en la que se establecen las consecuencias fiscales de la reestructuración del balance de EDF pone de manifiesto que las autoridades francesas gravaron las provisiones para la renovación de la RAG que no fueron utilizadas con el impuesto de sociedades al tipo del 41,66 % aplicable en 1997.

- (115) En cambio, la parte de dichas provisiones correspondiente a las operaciones de renovación ya realizadas, también conocidas como «derechos del cedente» fue reasignada como dotaciones de capital por un importe de 14 119 millones FRF. Esta reasignación de provisiones no estuvo sujeta al impuesto de sociedades. La Administración Tributaria reconoce el carácter ilegal de esta operación, como se puede ver en la nota de la Dirección General de Impuestos de 9 de abril de 2002, dirigida a la Comisión y recogida en el considerando 35.
- (116) Según el dictamen del Consejo Nacional de la Contabilidad, las correcciones de errores deben contabilizarse en el resultado del ejercicio en el que se constatan. Por otra parte, si las provisiones no utilizadas que se habían constituido con exención de impuestos por importe de 38 500 millones FRF, estuvieron sujetas en 1997 al impuesto de sociedades al tipo del 41,66 %, no existe razón objetiva alguna para no haber gravado al mismo tipo la otra parte de las provisiones constituidas con exención de impuestos.
- (117) Los derechos del cedente deberían haberse gravado al mismo tiempo y con el mismo tipo que las demás provisiones contables constituidas con exención de impuestos. Esto significa que los 14 119 millones FRF de derechos del cedente deberían haberse sumado a los 38 500 millones FRF de provisiones no utilizadas para gravarlos al tipo del 41,66 % aplicado a la reestructuración del balance de EDF. Al no pagar la totalidad del impuesto de sociedades adeudado en el momento de la reestructuración de su balance, EDF ahorró 5 882 849 762 FRF.
- (118) La medida fiscal tuvo efectos favorables para EDF en 1997, ya que el importe de 5 880 millones FRF de exención de impuestos incluido en el importe de 14 119 millones FRF estaba registrado en el balance de EDF como derechos del cedente, recalificados por el Estado en la aplicación de la Ley nº 97-1026 con efecto retroactivo al 1 de enero de 1997. Las consecuencias fiscales de la Ley se pueden ver en la carta del ministro de Economía, con efecto a 1 de enero de 1997, también.
- (119) Las autoridades francesas afirman que, incluso a falta de dotaciones para provisiones destinadas a la renovación de la RAG, EDF no habría estado en condiciones de pagar el impuesto de sociedades de 1987 a 1996 por culpa de unos aplazamientos fiscales deficitarios. Esta alegación carece de fundamento. La ventaja fiscal data de 1997 y no de los años anteriores. Además, las dotaciones para provisiones irregulares han provocado parcialmente los aplazamientos fiscales deficitarios. Los aplazamientos fiscales habrían desaparecido progresivamente de 1987 a 1996, y por tanto, en 1997 el importe del impuesto adeudado por EDF habría sido claramente superior a lo que fue, incluso sin tener en cuenta el impago de impuestos por la reasignación de los derechos del cedente.
- (120) Las autoridades francesas consideran, asimismo, que si la constitución de las provisiones para la renovación de la RAG hubiera concedido una ventaja, esta debería considerarse neutralizada por el aumento del impuesto de sociedades pagado en 1997. Ahora bien, como indican las propias autoridades francesas en su nota de 9 de abril de 2002 citada en el considerando 35 si bien las provisiones destinadas a la renovación no utilizadas fueron gravadas como correspondía, los derechos del cedente fueron reasignados como dotaciones de capital sin estar sujetos al impuesto de sociedades. El impuesto pagado por EDF en 1997 es, por tanto, inferior a lo que en realidad le correspondía.
- (121) las autoridades francesas afirman también que, durante el período 1987-1996, EDF pagó globalmente al Estado una suma superior al impuesto de sociedades que habría pagado una sociedad de Derecho mercantil que no hubiese constituido provisiones para la renovación de la RAG y que hubiese pagado a su accionista un dividendo equivalente al 37,5 % del resultado neto después de impuestos. Además, el tipo del impuesto de sociedades que debía haberse aplicado a la reestructuración del balance de EDF es el de 1996, y no el de 1997.
- (122) Por una parte, como se indicó en los considerandos 32 y 116, el Consejo Nacional de Contabilidad considera que los errores contables deben corregirse durante el ejercicio contable en el que se han constatado. Al haber quedado sin objeto las provisiones para la renovación de la RAG a raíz de la adopción de la Ley nº 97-1026, de 10 de noviembre de 1997, estas debían haberse reasignado durante el ejercicio contable de 1997 y, por tanto, debían haberse gravado con el tipo del impuesto de sociedades aplicable en ese ejercicio. Por otra parte, las propias autoridades francesas aplicaron el tipo del impuesto de sociedades de 1997 a la parte de las provisiones que fueron gravadas, como se recuerda en el considerando 34.
- (123) El impago por EDF, en 1997, de 5 882 849 762 FRF de impuesto de sociedades constituye una ventaja económica para dicha empresa. EDF ha podido emplear esta suma para aumentar sus fondos propios sin recurrir a una financiación externa. Si el impuesto adeudado se hubiera pagado efectivamente y si el aumento de fondos propios se hubiera financiado con los resultados de explotación de la empresa, esta hubiera debido reducir sus costes, aumentar sus ingresos o renunciar a ciertos gastos de inversión. Al disponer de cantidades que debían haberse pagado al Estado francés en concepto de impuesto de sociedades, EDF se benefició de una medida que se aplicó solo a ella y que la favoreció respecto a las empresas francesas en situación similar que debían pagar el impuesto de sociedades sobre reasignación de provisiones indebidamente, en aplicación del artículo 38-2 del Código General de Impuestos francés vigente en 1997, como se explica en el considerando 35.

- (124) No obstante, en sus observaciones de 11 de diciembre de 2002, Francia invocó la aplicación del principio del inversor privado prudente en una economía de mercado. Como recuerdan los órganos jurisdiccionales de la Unión, en particular en las sentencias mencionadas en los considerandos 7 y 8, en el presente caso, una aportación de capital adicional en favor de EDF, correspondiente al impuesto adeudado, no favorece a la empresa que se beneficia de ello al darle una ventaja económica a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE, si se puede demostrar que un hipotético accionista privado hubiera invertido en EDF un importe igual, en condiciones y en una situación similares, a la luz del criterio del inversor privado prudente en una economía de mercado.
- (125) El Tribunal de Justicia, en el apartado 99 de su sentencia antes citada, de 5 de junio de 2012, precisó que, en la sentencia recurrida el Tribunal General no prejuzgó ni la aplicabilidad, en el presente caso, del criterio del inversor privado prudente en una economía de mercado, ni el resultado de la eventual aplicación de dicho criterio. En consecuencia, procede examinar, sucesivamente, la aplicabilidad y la aplicación de este principio a los hechos del presente caso, teniendo en cuenta, en particular, los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia.

9.1.2. Aplicabilidad del principio del inversor privado prudente en una economía de mercado

- (126) Para determinar la eventual aplicación del principio del inversor privado prudente en una economía de mercado, debe establecerse, en el marco de una apreciación global, si la exención fiscal fue concedida por la República Francesa en su calidad de accionista o como poder público. El Tribunal de Justicia precisa, en su sentencia de 5 de junio de 2012, varios elementos que deben tenerse en cuenta en esta apreciación global. Estos elementos, que se examinarán posteriormente de forma más detallada en relación con las circunstancias del caso concreto, son los siguientes:
- incumbe al Estado miembro, en caso de duda, demostrar inequívocamente y basándose en factores objetivos y verificables que la medida ejecutada corresponde a su cualidad de accionista ⁽¹⁾; esos factores deben poner de manifiesto que el Estado miembro interesado adoptó, con anterioridad o al mismo tiempo que la concesión de la ventaja económica, la decisión de realizar una inversión en la empresa pública controlada, mediante la medida efectivamente ejecutada ⁽²⁾,
 - a este respecto, puede ser necesario presentar elementos de prueba que evidencien que la decisión se ha basado en valoraciones económicas análogas a las que, en las mismas circunstancias, un inversor privado prudente en una economía de mercado que se hubiera encontrado en una situación lo más parecida posible a la del Estado miembro en cuestión hubiera mandado realizar antes de proceder a la inversión, para determinar la rentabilidad futura de la misma ⁽³⁾; la Comisión podrá negarse a examinar los elementos de prueba establecidos con posterioridad a la adopción de la decisión de realizar la inversión de que se trate ⁽⁴⁾,
 - pueden ser relevantes, a este respecto, la naturaleza y el objeto de la medida, el contexto en el que se inscribe, así como el objetivo y las normas a las que está sujeta ⁽⁵⁾,
 - la aplicación del criterio del inversor privado prudente en una economía de mercado debe permitir determinar si un accionista privado hubiera aportado, en condiciones similares, un importe igual al del impuesto adeudado a una empresa que se encontrase en una situación comparable a la de EDF ⁽⁶⁾.
- (127) En sus observaciones de 11 de diciembre de 2002, mencionadas en el considerando 42, las autoridades francesas afirmaron que habría sido más eficaz y neutro que EDF asignara directamente los derechos del cedente como fondos propios por su importe total, sin pagar el impuesto de sociedades. Sin embargo, ninguno de los documentos previos o contemporáneos de la supuesta decisión de no recaudar el impuesto, transmitidos por Francia o por EDF en apoyo de sus observaciones a la Decisión de ampliación del procedimiento, menciona directa o indirectamente la supuesta decisión de inversión, sus consecuencias, ventajas y desventajas o la decisión análoga de aumentar el importe de las dotaciones de capital mediante el impago del impuesto. Los documentos enviados por las autoridades francesas y mencionados en los considerandos 87 a 108 no recogen ni, *a fortiori*, analizan las ventajas y desventajas para el Estado de la decisión de no recaudar el impuesto de sociedades sobre la parte de las provisiones de derechos del cedente reasignada como dotaciones de capital de EDF, en virtud de la Ley nº 97-1026 de 10 de noviembre de 1997.
- (128) Corresponde a Francia, cuando existan dudas sobre la aplicabilidad del principio del inversor privado prudente en una economía de mercado como los formulados por la Comisión, acreditar inequívocamente y basándose en

⁽¹⁾ Sentencia Comisión/EDF, C-124/10P, UE:C:2012:318, apartado 82.

⁽²⁾ Sentencia Comisión/EDF, C-124/10P, UE:C:2012:318, apartado 83.

⁽³⁾ Sentencia Comisión/EDF, C-124/10P, UE:C:2012:318, apartado 84.

⁽⁴⁾ Sentencia Comisión/EDF, C-124/10P, UE:C:2012:318, apartado 104.

⁽⁵⁾ Sentencia Comisión/EDF, C-124/10P, UE:C:2012:318, apartado 86.

⁽⁶⁾ Sentencia Comisión/EDF, C-124/10P, UE:C:2012:318, apartado 95.

factores objetivos y verificables que la medida ejecutada corresponde a su cualidad de accionista. Ahora bien, a la vista de las pruebas presentadas, parece que debe considerarse que la decisión de proceder a una inversión renunciando a recaudar el impuesto adeudado, en principio, por EDF se tomó tácitamente, sin que mediara un acto jurídico motivado que permita conocer o comprobar el contenido exacto de dicha Decisión, las razones y el fundamento jurídico en que se basa ni por qué autoridad competente y en qué fecha fue adoptada. A la luz de los elementos aducidos por el Tribunal de Justicia para comprobar la aplicabilidad del principio del inversor privado prudente en una economía de mercado, a saber, en particular, la necesidad de disponer de elementos objetivos y verificables, una medida efectivamente ejecutada o evaluaciones económicas previas, la falta de referencias o pruebas materiales, debe considerarse una primera indicación de la inaplicabilidad de este principio.

- (129) En ausencia de documentos que indiquen cómo se llegó a la decisión alegada, debe describirse la eventual medida de inversión que hubiera aplicado el Estado francés. En este caso, el Tribunal de Justicia estimó que la aplicación del criterio del inversor privado prudente en una economía de mercado debe permitir determinar si un accionista privado hubiera aportado, en condiciones similares, 5 880 millones FRF a una empresa que se encontrase en una situación comparable a la de EDF. Una inversión por Francia implicaría la renuncia al cobro de dicho importe con vistas a obtener un beneficio que superase los recursos inicialmente empleados. Por tanto, debe efectuarse el análisis con respecto al importe del impuesto de sociedades adeudado.
- (130) A este respecto, la ausencia de estudios, referencias o análisis específicos de la rentabilidad de la inversión para el importe de la exención fiscal constituye una dificultad para aislar los efectos de la inversión aducida en la información suministrada por Francia o por EDF. Esta dificultad no es insalvable si se considera, a efectos del análisis en la mayoría de los factores pertinentes para comprobar la aplicabilidad y aplicación del principio del inversor privado prudente en una economía de mercado, que la aportación adicional al capital de EDF por un importe equivalente al impuesto no recaudado se beneficiaba de los derechos inherentes a la totalidad de las asignaciones. De este modo, si se hubiesen remunerado las asignaciones con un determinado tipo, este tipo debía aplicarse y, de hecho, se aplicó al importe de impuesto no recaudado. En cambio, en los casos en que se elige el efecto marginal o incremental, la información suministrada por Francia o por EDF no permiten ilustrar, a primera vista, el efecto de haber aumentado el importe de las dotaciones a prorrata del importe del impuesto no recaudado.
- (131) El hecho de no recaudar el impuesto tuvo por efecto aumentar la dotación de capital de EDF y, por consiguiente, los fondos propios de EDF por importe de 5 880 millones FRF suplementarios, en el importe total de 14 119 millones FRF de las provisiones reasignadas. Estas provisiones, que no correspondían a una aportación de liquidez previa del Estado accionista, fueron reasignadas como dotaciones de capital, pasando a la partida correspondiente del balance de EDF, entre los otros capitales propios (capital, asignaciones etc.; véase el cuadro 2). Sin la exención fiscal, los fondos propios de EDF que debían alcanzar 79 800 millones FRF en 1997, habrían alcanzado los 72 100 millones FRF, según los documentos examinados en aquel momento (considerando 100, cuadro 2). En lugar de 50 700 millones FRF, las asignaciones del Estado al capital de EDF habrían quedado en 44 800 millones FRF.

Supuesta decisión de inversión: elementos de análisis

- (132) En primer lugar, tal como señalan las autoridades francesas, ya que la integración del importe del impuesto no pagado aumentaba la base de aportaciones y esta se remuneraba con un tipo de interés fijo (3 %), el valor absoluto de la remuneración del Estado fue incrementada con la exención o la falta de recaudación fiscal (considerando 83). No obstante, el aumento de la dotación de capital correspondiente a la exención fiscal no se tradujo en un aumento relativo de la remuneración del Estado. La remuneración de las dotaciones del Estado en el capital de EDF es práctica constante y está prevista desde el Decreto n° 56-1360, de 30 de diciembre de 1956 (considerandos 18 y 103). Remuneraciones, por lo demás, diferentes, fueron previstas en los contratos de empresa anteriores y posteriores al que estuvo vigente durante el período 1997-2000, tal como se explica en los considerandos 93 y 102. El principio de una remuneración existía antes de la supuesta decisión y se mantuvo después de esta.
- (133) Además, el examen de los hechos demuestra que la exención fiscal en cuestión pudo tener por efecto la reducción de la remuneración de la inversión del Estado. El informe elaborado por la Asamblea Nacional en septiembre de 1997 muestra claramente que el aumento del importe total de la dotación está en el origen de una reducción de la retribución de la misma, con el fin de no «aumentar la exacción de EDF» (considerando 103). El informe del Senado corrobora esta reducción fomentada por los poderes públicos (considerando 108).
- (134) Entre 1991 y 1996, EDF retribuyó mejor al Estado para una base inferior de aportación de capital con respecto a lo que estaba previsto entre 1997 y 2000 para una base superior. La remuneración media anual en términos

absolutos de 3 410 millones FRF para el período 1991-1996, en el que el importe de las dotaciones era de 36 600 millones FRF fue mucho más importante que la de 2 350 millones FRF, prevista para una base imponible ampliada a 50 700 millones FRF durante el período 1997-2000 (considerandos 92 y 102-103, cuadro 3). De ello se deduce que el rendimiento marginal corriente del aumento del importe de la aportación de capital por importe de 5 880 millones FRF previsto para el período 1997-2000 por el Estado accionista podía analizarse como negativo en relación con el período 1991-1996.

- (135) En efecto, las autoridades francesas han velado por que la remuneración absoluta y relativa abonada al Estado francés en concepto de aportación de capital fuera tanto más baja, en valor absoluto y relativo, cuanto que la base de la aportación se ampliaba, como demuestran claramente los informes elaborados por la Asamblea Nacional y el Senado. De ello se deduce que, al incrementar el importe de la aportación total peor remunerada que la aportación existente antes de la Ley nº 97-1026, la decisión de conceder una exención fiscal no constituye necesariamente una inversión.
- (136) En segundo lugar, la manera de entender y fijar la remuneración del aumento de las aportaciones de capital no es la que hubiera podido utilizar un inversor privado prudente en una economía de mercado.
- (137) En efecto, como muestran las referencias recogidas tanto en los escritos de los ministros de tutela como en los informes parlamentarios mencionados en los considerandos 97, 103 y 106, en el examen, en 1997, de la remuneración del Estado francés tras la reestructuración del balance de EDF, las autoridades francesas tuvieron en cuenta tanto la remuneración de las aportaciones de capital que correspondían al Estado accionista *stricto sensu* como el importe esperado del impuesto que el Estado percibiría a partir de 1997 tras varios años de aplazamientos fiscales negativos para el Estado, actuando como poder público en la recaudación de impuestos. Tal como se explica en el considerando 93, la remuneración de las aportaciones era, a su vez, deducible del impuesto de sociedades, como excepción al Derecho común.
- (138) El concepto examinado y validado por las autoridades francesas en 1997 era, pues, el de la exacción global sobre EDF, acumulando impuesto y remuneración del accionista. El importe global del impuesto cobrado a EDF, incluso más allá de la exención controvertida, que forma parte de las potestades tributarias, y la remuneración abonada al Estado como accionista se entremezclan en los documentos transmitidos por las autoridades francesas. Sin embargo, a juicio de dichas autoridades, estos documentos demuestran la existencia de una decisión de inversión. Por el contrario, esa consideración constante del pago de los impuestos adeudados por EDF al Estado perceptor, incluso mediante la regularización y liquidación del impuesto no cobrado antes de la Ley nº 97-1026 con el fin de examinar y establecer la remuneración del Estado accionista tiende a indicar que fue el Estado, actuando como poder público y no como inversor, quien otorgó la exención fiscal controvertida.
- (139) Esta indicación se ve reforzada por la naturaleza de los objetivos fijados a EDF por el Estado en 1997 en función de preocupaciones y objetivos del poder público y no del accionista. Estas preocupaciones son evidentes en la fijación de tarifas de EDF, conforme a lo acordado en el contrato de empresa para el período 1997-2000, de las que dependía la remuneración del Estado accionista. En efecto, el Estado pedía a EDF que contribuyera a fortalecer la competitividad de la industria francesa y el poder adquisitivo de las familias francesas. No solo son consideraciones ajenas a un inversor privado prudente en una economía de mercado, sino que, además, son contrarias a los intereses financieros de ese hipotético inversor. Lo mismo sucede con el objetivo fijado a EDF en el contrato de empresa 1997-2000 de aplicar una política ambiciosa para apoyar la actividad económica y el empleo, poniéndose al servicio de los entes locales (considerandos 89 y 95).

Evaluaciones económicas para determinar la rentabilidad de la supuesta inversión

- (140) El contrato de empresa firmado entre el Estado y EDF el 8 de abril de 1997 incluía evaluaciones previas del escenario financiero, que contenían previsiones de rendimiento de la inversión en asignaciones de capital de EDF para el Estado accionista (considerando 92). Estos documentos y los análisis presentados por las autoridades francesas se refieren a los efectos previstos de la reasignación de todas las provisiones constituidas por EDF, hayan sido impuestas o no, hayan resultado de la aplicación de la Ley nº 97-1026 o no. La única evaluación sistemática presentada por las autoridades francesas contenida en la nota de EDF de 18 de febrero de 1997 (considerando 92) es general y está limitada a la remuneración reglamentaria aplicada a las aportaciones de capital, incluidas las anteriores a la reestructuración del balance de EDF, sin incluir, por ejemplo, la remuneración del capital sin las dotaciones o la remuneración de los fondos propios.
- (141) Ningún documento transmitido por Francia o por EDF demuestra que la decisión de inversión supuestamente adoptada, a saber, proporcionar una mayor aportación de capital a EDF al no cobrar ningún impuesto sobre la reasignación, haya sido objeto de examen, estudios o análisis específicos. Sin embargo, habida cuenta de los

importes en cuestión, un inversor privado prudente en una economía de mercado probablemente habría mandado realizar un análisis financiero y económico de la inversión antes de decidir si, teniendo en cuenta la rentabilidad reglamentaria de las asignaciones de capital, el importe de 5 880 millones FRF de la exención fiscal era necesario para que la empresa garantizara la viabilidad a largo plazo de su inversión total y para que el accionista fuera suficientemente remunerado con este fin. Se echa en falta este tipo de estudio económico previo, que el Tribunal de Justicia cita en el apartado 84 de su sentencia entre los elementos que permiten concluir a favor del principio del inversor privado prudente en una economía de mercado.

- (142) Es particularmente interesante constatar que, aparte de la remuneración que se concedió al Estado en el período 1997-2000, no se llevó a cabo ningún estudio de remuneración ni de rendimiento a más largo plazo, pese a que Francia pretende, precisamente, haber hecho una inversión a largo plazo. Ahora bien, un inversor privado prudente en una economía de mercado no habría dejado de realizar un análisis de rentabilidad de una inversión para el período posterior al año 2000.
- (143) Si bien es razonable pensar que un inversor privado prudente en una economía de mercado habría tenido en cuenta los efectos de la reducción del ratio de deuda de EDF, cabe señalar que la ventaja, para EDF, de suscribir préstamos baratos debido a un ratio de deuda sobre fondos propios mejorado se menciona en términos generales en determinados documentos presentados por Francia (considerandos 101 y 105) y por EDF. No obstante, no consta ninguna mención de las ventajas y la rentabilidad para el Estado accionista de una disminución del coste de empréstito de EDF o de un ratio de endeudamiento inferior. Según las cuantificaciones de entonces expuestas en el considerando 101, el ratio de deuda neta sobre fondos propios de EDF debía alcanzar el 148 % con la nueva aportación de capital en su totalidad, que se fijaba en 50 700 millones FRF, incluidos los 5 880 millones FRF de la exención controvertida. Sin la exención fiscal, este ratio habría sido de un 163 %, aproximadamente, es decir, unas tres veces menos que el ratio de 480 % antes de la Ley nº 97-1026. Considerada separadamente de otros efectos de la reasignación de las distintas provisiones, la contribución de la exención fiscal a la mejora de este ratio es poco significativa y su traducción concreta, en términos de disminución del coste de los empréstitos para EDF, más que dudosa (considerandos 170 a 172). En cualquier caso, los documentos presentados por las autoridades francesas no mencionan ni analizan como inversión ni la remuneración para el accionista resultante de un ratio del 148 % ni, *a fortiori*, la resultante de un ratio del 163 %. No existe, a este respecto, ninguna evaluación económica previa comparable a las que un inversor privado prudente en una economía de mercado habría mandado realizar, tal como lo menciona el Tribunal de Justicia en el apartado 84 de su sentencia.
- (144) A este respecto, el estudio económico presentado por EDF en apoyo de sus observaciones (considerandos 69-70) no establece que Francia haya actuado como inversor y no como autoridad pública. El estudio fue elaborado con posterioridad a la supuesta decisión de inversión adoptada en 1997 y no fue examinado por las autoridades competentes antes de adoptar tal decisión. Solo por este motivo, el estudio no es admisible como prueba, de conformidad con las indicaciones del Tribunal de Justicia (considerando 126, apartado 104, de la sentencia del 5 de junio). Que el estudio se haya realizado a partir de datos públicos disponibles en aquel momento no invalida esta conclusión. El estudio se encargó para las necesidades del caso a raíz de la ampliación del procedimiento en mayo de 2013 y las conclusiones a las que llegó, al parecer, eran conocidas por EDF en julio de 2013, cuando el estudio es de octubre de 2013. Otras razones invalidan también los resultados cifrados a los que llega el estudio y, por tanto, quitan fundamento a las conclusiones que EDF saca en apoyo de sus observaciones, a saber:
- el estudio utiliza datos de base, casi todos de la época, y enfoques metodológicos generalmente reconocidos para la determinación del valor de las empresas, con las importantes reservas recogidas más abajo. Sin embargo, no deja de ser una evaluación económica especialmente compleja, tras una búsqueda de datos relativamente detallada, que requirió unos tres meses para su realización y validación. Dicha elaboración incluye elecciones metodológicas sucesivas y múltiples, a veces cuestionables. Sin esta elaboración, es totalmente imposible, a partir de los datos de base, dispersos y de distintas procedencias, tener una idea sumaria o una previsión posible de los resultados cuantificados en cuanto a la rentabilidad que, supuestamente, podía esperar el Estado francés en 1997, que el estudio presenta. Ahora bien, el Tribunal de Justicia exige que la aplicación del principio del inversor privado prudente en una economía de mercado se base en las evaluaciones previsibles en el momento en que se adoptó la decisión (apartado 105 de la sentencia de 5 de junio de 2012). Contrariamente a las pretensiones de EDF, el mero hecho de que, a partir de los datos disponibles en 1996-1997, los servicios competentes del Estado francés no hayan realizado ni encargado un estudio de esta magnitud y complejidad indica que la rentabilidad para el accionista de la supuesta inversión no era la única consideración pertinente para las autoridades francesas antes de adoptar su decisión,
 - el estudio analiza el comportamiento del Estado francés a la luz del principio del inversor privado prudente en una economía de mercado con datos e hipótesis muy diferentes de las presentadas en los considerandos 87 a 108 y que, según las autoridades francesas, han motivado y justificado la decisión supuestamente adoptada. Ahora bien, no fue EDF quien adoptó la decisión de inversión y, según el Tribunal (apartados 82 y 83 de su sentencia de 5 de junio de 2012), corresponde a Francia destacar los elementos que

demuestren la naturaleza y el contexto de la decisión adoptada. Dado que Francia alega que adoptó su decisión a la luz de las informaciones y datos que presentó, el estudio y, por consiguiente, EDF, substituyen de hecho al presunto inversor y pretenden conocer mejor que el Estado francés las consideraciones y la información que hubieran efectivamente motivado la decisión ya adoptada y las hipótesis consideradas. Por esta razón, el estudio se basa en especulaciones y conjeturas sobre los datos, información e hipótesis que las autoridades francesas habrían podido tomar en consideración —entre otros que no pueden excluirse— en 1997 y, por tanto, carece de fuerza probatoria en 2015 (o en octubre de 2013, cuando se efectuó) para explicar y aclarar la decisión efectivamente adoptada por las autoridades francesas en 1997, que dichas autoridades explican con datos e hipótesis diferentes,

- este valor probatorio se echa tanto más en falta cuanto que, para llegar a los resultados presentados en el considerando 70, el estudio se basa en hipótesis arbitrarias o poco ortodoxas, no corroboradas por los hechos, contrarias a la información que puede deducirse de los documentos transmitidos por las autoridades francesas y que, según ellas, demuestran la aplicabilidad y la aplicación positiva, en el presente caso, del principio del inversor privado prudente en una economía de mercado. Así, en primer lugar, el estudio conjetura que, después de 2000, la remuneración abonada al Estado accionista no estará regulada por decreto y fijada por un contrato de empresa entre el Estado y EDF, sino que se determinará con respecto a los dividendos que otras empresas del sector abonaban en 1996-1997 ⁽¹⁾. Ahora bien, la remuneración de las asignaciones de capital de EDF estaba regulada por decreto desde 1956 (considerando 102), se fijó de forma reglamentaria y quedó reflejada en los contratos de empresa plurianuales antes y mucho después de 1997, en función de consideraciones sin relación con los dividendos que pagaban las empresas del sector que operaban en otros mercados que Francia (considerandos 94 y 95). Del mismo modo, y en segundo lugar, el estudio reintroduce sin justificación en la cuenta de resultados de EDF provisiones procedentes de las cuentas sociales de EDF, por importe de 11 600 millones FRF (antes de impuestos) y 7 300 millones FRF (después de impuestos) ⁽²⁾, aumentando artificialmente en la misma cantidad el valor de EDF, sin tener en cuenta las informaciones disponibles y la evolución previsible en 1997 en cuanto al peso de los compromisos de EDF respecto al régimen de pensiones de su personal (considerandos 168-169),
- asimismo, en tercer lugar, el crecimiento del valor de EDF resultante del crecimiento de los rendimientos y resultados se calcula en el estudio a partir de las «expectativas de mercado» en 1997 ⁽³⁾. Ahora bien, las autoridades francesas disponían de las previsiones de ingresos y resultados específicos y cuantificados de EDF para 1997 a 2000, validados en el marco de la preparación del contrato de empresa para el mismo período y pretenden haberse basado en estas previsiones e información para tomar su decisión (considerandos 78-79, 90, 94, 96), ya que tenían, en 1997, un buen conocimiento de la empresa y de sus perspectivas financieras (considerando 77). El recurso a «expectativas de mercado» procedentes de terceros para fijar finalmente una estimación del valor de EDF en estas condiciones no está demostrado ni es coherente respecto a los argumentos avanzados por Francia para explicar y apoyar la decisión que sus autoridades adoptaron supuestamente. Máxime cuando las autoridades francesas alegan que la actividad preponderante de EDF se efectuaba en Francia con tarifas reguladas en 1997 (considerando 85). Por otra parte, estas tarifas se fijaron en un nivel bajo para reforzar la competitividad de la industria francesa y del poder adquisitivo de las familias francesas (considerandos 89 y 95). El estudio no explica y, menos aún, justifica de forma válida, por qué la remuneración, los dividendos y resultados de empresas constituidas en sociedades anónimas que cotizan en bolsa, que no tenían una presencia significativa en Francia y operaban en mercados con reglas de competencia y reglamentaciones diferentes (por ejemplo, Endesa, Gas Natural y Unión Fenosa en España, RWE, EON y Verbund en Alemania, Fluxys en Bélgica etc.), podían determinar los resultados, la remuneración y los dividendos de EDF, lo que consta entre las hipótesis de las que dependen los resultados presentados en el considerando 70 ⁽⁴⁾,
- por último, y en cuarto lugar, el estudio postula, sin ninguna justificación, que un aumento de la aportación al capital de EDF en 1997 equivalía a la adquisición de un activo financiero líquido, al menos potencialmente ⁽⁵⁾. Sin embargo, EDF era, en 1997, un establecimiento público de tipo industrial y comercial, que no poseía capital social (considerando 19), del que las autoridades francesas y EDF afirmaban, entonces, que conservaría el mismo estatuto en el futuro (considerandos 95 y 105). El carácter arriesgado de este postulado, del que dependen, fundamentalmente, sin embargo, los resultados del estudio, se demuestra de forma más detallada en los considerandos 179 a 181.

Naturaleza y objeto de la medida, contexto en el que se inscribe y normas a las que está sometida

- (145) El Tribunal de Justicia subraya que la naturaleza de la medida adoptada forma parte de los elementos pertinentes que deben tomarse en consideración para concluir favorablemente a la aplicabilidad del principio del inversor

⁽¹⁾ Estudio Oxera, apartados 3.3, 3.24, 3.25.

⁽²⁾ Estudio Oxera, cuadro A 2.2.

⁽³⁾ Estudio Oxera, apartado 3.3.

⁽⁴⁾ Estudio Oxera, apartados 3.3, 3.15, cuadro 3.2, cuadro 3.8 para coeficiente beta y anexo 5.

⁽⁵⁾ Estudio Oxera, apartados 3.5, 3.13, 3.20 a 3.23.

privado prudente en una economía de mercado (apartado 86 de la sentencia). La decisión de aportar una cantidad adicional como aportación de capital a EDF, dejando de cobrar el impuesto sobre la reasignación de las provisiones irregulares correspondientes a la RAG es, al mismo tiempo, una decisión de tipo contable de reasignación entre partidas del balance de EDF (considerandos 100 y 105) y una decisión de tipo fiscal, ya que las autoridades competentes consideran que el impuesto de sociedades debía haberse cobrado antes de la reasignación (considerando 35), cuando el impuesto fue pagado para otras provisiones contables reasignadas. Por tanto, no ha quedado acreditado, en contra de lo que alegan las autoridades francesas, que esos dos capítulos, contable y fiscal, sean absolutamente inseparables en la medida única establecida por la Ley nº 97-1026 de 10 de noviembre de 1997.

- (146) El artículo 4, apartado 2, de dicha Ley establece que el contravalor de los bienes en especie cedidos en régimen de concesión a la RAG, que figuran en el pasivo del balance de EDF debe inscribirse, deducidas las correspondientes diferencias de reevaluación, en la partida «aportaciones de capital» (considerando 28). De ello podría deducirse que la Ley establecía que, aparte de posibles diferencias de evaluación, ningún ajuste contable o fiscal debía reducir el importe del contravalor a consignar como aportación al capital de EDF. No obstante, la decisión de aplicar o no el impuesto a EDF no incumbe a la Ley, con arreglo al artículo 34 de la Constitución francesa y la Ley nº 97-1026 no podía pronunciarse válidamente sobre esta cuestión. Este artículo limita las competencias legislativas del Parlamento en materia fiscal a la determinación de la base imponible, así como al tipo y modalidades de recaudación de los impuestos de toda clase. De hecho, EDF abonó el impuesto de sociedades para determinadas provisiones contables pero no para otras a raíz de la misma operación de reasignación llevada a cabo por la ley.
- (147) Los documentos preparatorios presentados por las autoridades francesas que se mencionan en el considerando 104 muestran, por otra parte, que el Consejo de Estado consideraba, en 1997, que las disposiciones de tipo no legislativo debían retirarse del texto del proyecto de ley; además, también fue retirado un proyecto de enmienda al proyecto de ley del Gobierno destinada a limitar las exacciones que el Estado hubiera podido efectuar sobre EDF en virtud de la ley. Por último, los ministros responsables consideraban, en abril de 1997, que las modalidades detalladas de aplicación de la reestructuración de EDF en el plano contable y en el plano fiscal debían ser objeto de más intercambios entre las autoridades de tutela y la empresa (considerando 98).
- (148) Dichos elementos, precisados y cuantificados en la carta de ejecución enviada por los ministros de tutela a EDF el 22 de diciembre de 1997, después de la adopción de la Ley (considerando 31), indican que los aspectos fiscales de aplicación se pueden disociar de las disposiciones de la Ley nº 97-1026, de 10 de noviembre de 1997. Esos ministros, en su carta dirigida a EDF, explican la reestructuración del balance de EDF, con arreglo al artículo 4 de la Ley nº 97-1026, de 10 de noviembre de 1997, y parecen decidir tácitamente las consecuencias fiscales de esa reestructuración, sin que se trate de cualquier inversión rentable ni de disposiciones imperativas en la Ley.
- (149) Por lo que se refiere al contexto de la medida, que el Tribunal de Justicia destaca como elemento pertinente, entre otros, para apreciar la eventual aplicabilidad del principio del inversor privado prudente en una economía de mercado, las reuniones preparatorias y los documentos de apoyo para el período que desembocaron en el contrato de empresa firmado entre el Estado y EDF el 8 de abril de 1997 muestran que la reasignación de las provisiones se inscribía en el contexto de la perspectiva de la liberalización parcial del mercado de la electricidad en la Unión, fijada ya en 1996. Asimismo, la preocupación por internacionalizar más las actividades de EDF está presente en el contrato de empresa 1997-2000, en los documentos preparatorios y en los documentos parlamentarios. El mismo contrato de empresa presupone que, para ser ejecutada, una medida legislativa de regularización como la establecida por la Ley nº 97-1026 es necesaria, creando así una continuidad de hecho entre los objetivos del contrato y los del legislador. No obstante, ni el contrato celebrado en abril de 1997, ni los documentos preparatorios y los intercambios con las autoridades de tutela de EDF se pronuncian sobre el importe exacto del impuesto.
- (150) No obstante, este contexto, dibujado por los elementos expuestos por Francia en sus observaciones, no permite determinar con certeza si la medida caracteriza el comportamiento de un accionista que realiza una inversión. En efecto, la necesidad de subsanar las irregularidades detectadas por el Tribunal de Cuentas en octubre de 1994 también forma parte de este contexto. Mientras que, por un lado, se trataba de poner remedio a una irregularidad contable que había permitido que EDF no pagara el impuesto de sociedades durante años, las autoridades francesas subrayaban que el dispositivo no ponía en tela de juicio el monopolio de EDF (considerando 105) y que el marco estable que la liberalización del mercado permitía debía mantenerse (considerando 95). Es cierto que la liberalización abría perspectivas de expansión en los mercados nacionales de otros Estados miembros y que algunas acciones estaban previstas en el contrato de empresa 1997-2000 para que EDF se internacionalizara más. Pero no es menos cierto que la voluntad de los poderes públicos de favorecer a las empresas nacionales con medidas de apoyo financiero en los albores de la liberalización no se limita a las empresas públicas ni caracteriza el comportamiento de un accionista prudente de una empresa pública.
- (151) Por último, el Tribunal de Justicia señala que es pertinente examinar la normativa a la que la medida controvertida se debe ajustar para determinar el carácter, bien de inversión por el Estado accionista bien de prerrogativa de poder público. La clasificación de la medida en una u otra categoría puede, por tanto, tener en cuenta el cumplimiento de las normas aplicables que la rigen. Procede, pues, examinar las normas que regulan la inversión

de recursos fiscales en empresas como EDF. Sin la medida en cuestión, el producto del impuesto de sociedades no cobrado se habría abonado en calidad de ingresos generales al presupuesto del Estado francés en 1997. Tal como establecía el artículo 18 de la Orden nº 59-2, de 2 de enero de 1959, sobre la ley orgánica relativa a las leyes de finanzas, aplicable en el momento de los hechos, la totalidad de los ingresos que permiten pagar todos los gastos, todos los ingresos y gastos del Estado se registran en una cuenta única, titulada presupuesto general. De este modo, los ingresos fiscales se suman al presupuesto y en beneficio del Estado, no en beneficio de las empresas públicas.

- (152) Este presupuesto está sometido al principio constitucional de universalidad en virtud del cual la totalidad de los ingresos y de los créditos se consignan en dos bloques distintos, sin que exista ninguna relación particular entre, por ejemplo, los ingresos del impuesto de sociedades y un empleo como aportación de capital en beneficio de una empresa pública como EDF. Ciertamente, la asignación previa de un recurso fiscal a una persona jurídica distinta del Estado, como subvención o inversión, es posible en Derecho francés, siempre que tal asignación sea objeto de disposiciones precisas. El artículo 18 de la Orden nº 59-2 establecía que, excepto en el caso de los préstamos y los anticipos, en particular, la asignación de ingresos del Estado es excepcional y solo puede resultar de una disposición de la Ley de finanzas, por iniciativa del Gobierno.
- (153) Ahora bien, la Ley nº 97-1026, de 10 de noviembre de 1997, no era una Ley de finanzas y no podía, por lo tanto, aplicarse a un recurso fiscal en beneficio del capital de EDF. Por otra parte, no parece que se hayan adoptado disposiciones específicas, por iniciativa gubernamental, en la Ley de Finanzas aplicable al presupuesto de 1997 para asignar con antelación el producto del impuesto adeudado por EDF a los gastos del Estado francés en virtud de cualquier inversión en el capital de EDF en el marco del mismo presupuesto. Esta norma, que permite que invierta una persona jurídica distinta del Estado, como EDF, un recurso fiscal establecido en beneficio del Estado, no parece haberse aplicado.
- (154) La inmensa mayoría de los elementos que preceden indican claramente que Francia no ha adoptado, con anterioridad o al mismo tiempo que la concesión de la ventaja económica resultante del impago del impuesto de sociedades, la decisión de proceder, mediante la exención de impuesto, a una inversión en EDF. Por tanto, el principio del inversor privado prudente en una economía de mercado no es aplicable a esta medida. Las consideraciones que vienen a continuación, relativas a la aplicación del principio del inversor privado prudente en una economía de mercado tienen, por tanto, carácter subsidiario.

9.1.3. Aplicación del principio del inversor privado prudente en una economía de mercado

- (155) En su sentencia de 5 de junio de 2012 relativo al presente caso, el Tribunal de Justicia estimó que la aplicación del principio del inversor privado prudente en una economía de mercado debe permitir determinar si, en condiciones similares, un inversor privado hubiera aportado un importe igual al del impuesto adeudado a una empresa que se encontrase en una situación comparable a la de EDF (apartado 95 de la sentencia). La posible diferencia entre el coste soportado por un inversor privado y el que soporta el Estado accionista puede también tenerse en cuenta para saber si se cumplen las condiciones fijadas por el principio (apartado 96 de la sentencia).
- (156) La evaluación se efectúa en relación con elementos objetivos y verificables, así como con las evaluaciones previsibles en el momento en que se tomó la decisión de invertir (apartados 102 y 105 de la sentencia). En esta evaluación, solo deben tenerse en cuenta los beneficios y obligaciones ligados a la situación del Estado en calidad de accionista, con exclusión de los que se derivan de su calidad de poder público (apartado 79 de la sentencia).
- (157) Teniendo en cuenta la situación y las características de EDF, que existía como entidad pública íntegramente controlada por el Estado francés desde hacía más de 50 años, conviene elegir la referencia de un inversor que persiga un objetivo de rentabilidad a largo plazo y examinar con mayor detenimiento la información facilitada por Francia como la que consta en los considerandos 87 a 108. En efecto, estos datos son los que las autoridades francesas invocan como fundamento de su propia decisión en 1997.

- (158) En primer lugar, procede examinar la rentabilidad que ofrecía EDF a su accionista en 1997. Esta rentabilidad debe compararse con valores de referencia. En 1997, el índice medio de remuneración de las obligaciones a largo plazo (30 años) de Francia ascendía al 6,35 %. Incluso con vencimientos más cortos (10 años), inferiores a las del ciclo de vida útil de las instalaciones de EDF, el tipo de interés medio pagado para las obligaciones del Estado francés era del 5,58 % ⁽¹⁾. Estos valores representan a la vez el rendimiento de activos financieros considerados de bajo riesgo y el coste de financiación a largo plazo del Estado francés en aquel momento. Una inversión en una empresa como EDF en 1997 constituía una inversión más arriesgada que la tenencia de obligaciones estatales en aquel momento. Por ello, un inversor privado prudente en una economía de mercado habría exigido una mayor rentabilidad que la de las obligaciones estatales.
- (159) Ahora bien, el examen de la rentabilidad corriente que podía esperar el Estado francés en 1996-1997 según se desprende de los documentos remitidos por las autoridades francesas no permite concluir que la inversión cumpla el criterio del inversor privado prudente en una economía de mercado.
- (160) Las autoridades francesas transmitieron la cuenta de resultados previstos de EDF para el período posterior a la reestructuración del balance, examinado en 1997 por las autoridades pertinentes (considerando 92, cuadro 1). Las estimaciones del cuadro se ven confirmadas por otros documentos de la época (considerandos 96, 97 y 103). Estas estimaciones del escenario de referencia de EDF para el próximo período habían sido validadas por las autoridades del Estado (considerando 97). A partir de esa cuenta de resultados y de los importes esperados de los recursos invertidos por el Estado en EDF (considerando 100, cuadro 2), se puede calcular la rentabilidad que el Estado podía esperar en relación con, respectivamente, las asignaciones de capital, el capital total (capital inicial y asignaciones) y a los fondos propios de EDF (capital total, diferencias de reevaluación, reservas reglamentarias y remanente de ejercicios anteriores) ⁽²⁾, según el cuadro 4.

Cuadro 4

Remuneración prevista de los capitales en el balance de EDF 1997-2000 (miles de millones FRF)

	1997	1998	1999	2000	1997-2000
Parte fija al 3 %	1,5	1,5	1,5	1,5	6,0
Parte variable	0,6	1,0	0,9	0,9	3,4
Partes fija y variable	2,1	2,5	2,4	2,4	9,4
Rentabilidad sobre fondos propios (79 800 millones FRF)	2,63 %	3,13 %	3,01 %	3,01 %	2,94 %
Rentabilidad sobre capital y dotaciones (53 300 millones FRF)	3,94 %	4,69 %	4,50 %	4,50 %	4,41 %
Rentabilidad sobre dotaciones de capital (50 700 millones FRF)	4,14 %	4,93 %	4,73 %	4,73 %	4,64 %

Fuente: Cálculos de la Comisión a partir de los cuadros 1 y 2.

⁽¹⁾ Media anual del tipo diario del empréstito francés más popular a 30 y 10 años, fuente: Banco de Francia: tipo de referencia de los bonos del Tesoro y OAT, <http://www.banque-france.fr/economie-et-statistiques/changes-et-taux>.

⁽²⁾ La pertinencia de un cálculo de rentabilidad sobre el total de los fondos propios inmovilizados en la empresa solo con relación a los capitales invertidos en forma de dotaciones de capital se ve confirmada por el hecho de que, en el contrato entre el Estado y EDF para el período 2001-2003, la remuneración del Estado cifrada en porcentaje (37,5 %) del resultado neto quedó enmarcada en una horquilla de mínimo (1,5 %) y máximo (4,5 %) de la base imponible de los fondos propios. Respuesta de las autoridades francesas del 23.12.2013, apartado 53.

- (161) Se desprende de los documentos mencionados y remitidos por las autoridades francesas que, en 1997, la remuneración esperada por el Estado accionista de EDF para el período completo 1997-2000 era de 9 400 millones FRF, de los cuales 6 000 millones en concepto de la parte al tipo fijo del 3 % y 3 400 millones para el conjunto del período en concepto de parte complementaria, tras la reasignación efectuada por la Ley nº 97-1026. A partir de las estimaciones validadas en su momento, el promedio de la futura rentabilidad corriente que podía esperar el Estado accionista era el 2,94 % sobre el total de los fondos propios de EDF, el 4,41 % sobre el total del capital invertido por el Estado en EDF y el 4,64 % sobre el importe de las dotaciones de capital. Esta remuneración, aplicable al importe de la exención fiscal reasignada como aportación de capital estaba muy por debajo del 6,35 % pagado sobre las obligaciones que el Estado francés emitía en 1997 para su propia financiación a largo plazo. Un inversor privado prudente en una economía de mercado habría considerado que la rentabilidad corriente prevista sobre un importe de 5 880 millones FRF correspondientes a la exención fiscal era insuficiente para justificar la inversión.
- (162) Por otra parte, el Tribunal de Justicia estimó en el apartado 96 de su sentencia de 5 de junio de 2012, que es posible, en el marco de la aplicación del principio del inversor privado prudente en una economía de mercado, tener en cuenta la diferencia entre el coste de inversión soportado por un inversor privado y el soportado por el Estado. Ello equivale a comparar la rentabilidad que, según las autoridades francesas, justificó la operación de reasignación de las provisiones de los derechos del cedente por un importe equivalente a la exención fiscal, con la que hubiese obtenido un accionista privado que realizase la misma operación de recapitalización en una empresa en todo punto similar a EDF, excepto para la prerrogativa, inaccesible para el inversor privado, de eximir del impuesto de sociedades la dotación de capital.
- (163) Dicha empresa, cuyo accionista hubiera dispuesto de 5 880 millones FRF para su recapitalización en condiciones idénticas a las de EDF habría tenido una perspectiva de rendimiento del 4,64 % anual sobre el capital suplementario invertido por el accionista, es decir, 272 millones FRF al año, sin tener en cuenta el impuesto de sociedades. Si se aplica el tipo del impuesto de sociedades del 41,66 %, aplicable en 1997, la perspectiva de rendimiento se situaría en 159 millones FRF anuales para la misma aportación de capital, es decir, un tipo de rendimiento anual nominal del 2,7 %. Este tipo para una participación en el capital de una empresa, con los riesgos ligados a semejante inversión debe compararse con el 6,35 % pagado sobre las obligaciones de Francia en aquel momento. El bajo rendimiento habría, por tanto, disuadido a un inversor privado que no dispusiera de las prerrogativas fiscales del Estado. Con tan bajas perspectivas de rentabilidad sobre el capital invertido, parece descartado que un inversor privado prudente, cuya empresa tuviera que pagar el impuesto de sociedades sobre las dotaciones de capital hubiese, en lugar de Francia, participado en la ampliación del capital de EDF en 1997.
- (164) Por tanto, procede examinar si la información y los documentos contemporáneos de la decisión de reasignar las provisiones sin cobrar el impuesto, remitidos por Francia, contienen indicaciones adicionales que hubieran podido convencer a un inversor privado prudente de efectuar la supuesta inversión, a pesar de la muy baja rentabilidad aparente. Estas indicaciones pueden referirse, en particular, a la capacidad de EDF de i) aumentar sus ingresos a largo plazo, ii) mejorar sus resultados de explotación mediante un aumento de la eficiencia, iii) incrementar el valor neto de los activos productivos de la empresa o iv) abonar una remuneración constante y suficiente a su accionista. Estos son factores con un potencial de creación de valor a largo plazo para el accionista, si las perspectivas son positivas, pero destructores de valor en caso de perspectivas negativas.
- (165) A este respecto, ninguno de los documentos presentados por las autoridades francesas contiene una cuantificación, o incluso una evaluación cualitativa, de una posible creación de valor para el accionista que las autoridades francesas hubieran examinado y tenido en cuenta para el período 1997-2000 o posterior. Solo se encuentran referencias genéricas generales a una mejor toma en consideración de los intereses del Estado accionista. Ello indica que el incremento del valor de la empresa como inversión para el Estado accionista no se ha tenido en cuenta para decidir sobre la supuesta inversión. En cualquier caso, el examen de los cuatro factores potencialmente creadores de valor para el accionista no permitía concluir que habría un crecimiento previsible a partir de los datos disponibles en 1997, incluida la cuenta de explotación prevista para 1997-2000 de EDF y las previsiones del escenario financiero elegido por las autoridades de tutela (considerando 92, cuadro 1, considerando 96).
- (166) En cuanto a los ingresos totales de EDF, el Estado accionista podía esperar un pequeñísimo aumento del 0,64 %. Este estancamiento casi total puede explicarse por el objetivo fijado por el Estado de contribuir «a la competitividad de la industria francesa y al aumento del poder adquisitivo del consumidor nacional», que consistía en una reducción media del [...] % de las tarifas de EDF en cuatro años (considerandos 89, 95, 96), lo que supone una reducción anual del [...] %. EDF ejercía su actividad principalmente en Francia, dado que, para el período 1997-2000, estaba previsto que más del 89 % de los ingresos de EDF procedieran del mercado francés. Por lo tanto, la parte fundamental de sus ingresos dependían de las decisiones del Estado en materia de fijación de las tarifas eléctricas. Un inversor privado prudente no habría dejado de señalar el carácter perjudicial para sus intereses patrimoniales de la fijación de objetivos de política pública contrarios a sus intereses como accionista. Ningún inversor privado prudente habría aceptado una reducción de la remuneración de su inversión para favorecer la competitividad de las empresas francesas.

- (167) La partida en la cuenta de explotación para 1997-2000 que recoge los resultados de la actividad principal de EDF también debía disminuir en un 29 % durante el período en cuestión, pasando de 9 300 millones FRF en 1997 a 6 600 millones FRF en 2000. Los gastos de explotación debían, por su parte, aumentar en un 2,2 %, debido, sobre todo, al incremento de los gastos de explotación corrientes, puesto que las cargas financieras, la amortización y los intereses, excluida cualquier remuneración del capital, debían disminuir. Sumando las dotaciones para amortizaciones y gastos financieros a los resultados de la actividad principal, la evolución prevista para el período 1997-2000 también era negativa, ya que este agregado debía pasar de 62 600 millones FRF a 53 900 millones FRF, lo que supone una reducción del 13,9 %. Ahora bien, la evolución del resultado de la actividad corriente antes de las amortizaciones e intereses es lo que determina a largo plazo la capacidad de la actividad de la empresa para generar valor y flujos de caja positivos. Además de la degradación prevista, en la persecución de objetivos de política económica o de regulación, el Estado había fijado a EDF el objetivo de destinar las posibles ganancias en eficiencia y productividad de la empresa a la reducción adicional de las tarifas, preferentemente antes que a una mejor remuneración del accionista (considerando 95). Resulta que la actividad corriente de EDF, entorpecida por objetivos de política económica del Estado, no ofrecía una perspectiva de retribución futura satisfactoria.
- (168) Como la Comisión señaló en la Decisión de ampliación, un inversor privado prudente habría tenido en cuenta la incertidumbre sobre el importe y la evolución de los gastos de financiación de las pensiones a los que EDF debía enfrentarse en 1997, de conformidad con el régimen específico aplicable a las industrias eléctricas y del gas. En el caso de EDF en 1997, las cargas de las pensiones y, *a fortiori*, los compromisos no incluidos en el balance correspondientes, representaban una hipoteca que anticipaba gastos adicionales que reducían aún más el ya escaso resultado neto de la empresa.
- (169) Mientras que el coste de las pensiones de jubilación de EDF representaba 12 200 millones FRF en 1997, sin un cambio de legislación, aumentaría significativamente durante los años siguientes, pasando, para el conjunto del régimen (incluidos GDF y empresas no nacionalizadas) a 20 000 millones FRF en 2010 y a 25 000 millones FRF en 2020 ⁽¹⁾. Aplicando un criterio de reparto para EDF del 78,4 % que reflejara el peso de su masa salarial en las industrias del régimen, la parte correspondiente a EDF habría sido de 15 700 millones FRF en 2010 y 19 600 millones FRF en 2020, sin tener en cuenta un posible provisión para compromisos futuros, si no se cambiaba la legislación ⁽²⁾. El aumento previsto de los gastos de pensiones era, pues, más importante que el resultado neto después de impuestos y la remuneración del Estado, esperado para el período 1997-2000, tal como se muestra en el cuadro 1. En consecuencia, la evaluación que podía hacer un inversor privado prudente en una economía de mercado en 1997 que, al igual que el Estado francés, hubiera tenido un conocimiento profundo de la situación de la empresa, le habría llevado a incrementar las cargas futuras de la empresa y reducir en la misma proporción las perspectivas de rentabilidad de la inversión.
- (170) Además, el inversor privado prudente podía esperar una reducción considerable de la deuda de EDF, que debía pasar de [...] FRF a [...] FRF en cuatro años (considerandos 91 y 95). Sin embargo, está demostrado que EDF mantuvo una calificación Aaa por la agencia de calificación Moody's entre 1992 y 1996, con un ratio de deuda del 480 %. Las autoridades francesas mencionan también, de modo bastante vago, una generación de recursos por EDF de 70 000 millones FRF para el período 1997-2000 (considerando 84). No obstante, la reducción de la deuda de EDF y su efecto mecánico sobre el valor del activo neto de la empresa no debía conllevar un aumento de la remuneración del Estado francés durante el mismo período sino, al contrario, un claro deterioro en comparación con el período 1991-1996 (considerando 134).
- (171) Como señala EDF, incluso un posible retroceso en su calificación por agencias como Moody's o Standard & Poor's le habría permitido mantener una calificación excelente (considerando 71). Por otra parte, entre los objetivos fijados entre 1997 y 2000 figuraba la reducción de la deuda de EDF por importe de [...] FRF. Por ello, era inevitable una reducción considerable de los gastos totales de intereses adeudados por EDF. Ni la reducción de la deuda total de EDF, ni su coste, ni las posibles ventajas derivadas para el Estado accionista, se habrían visto en peligro por una menor aportación de capital de 44 800 millones FRF en lugar de 50 700 millones FRF. Un ratio de la deuda sobre fondos propios del 163 % en lugar del 148 % previsto como consecuencia de la exención fiscal no habría sido perjudicial para los intereses del accionista. En esta materia, no existe una estructura financiera óptima y el informe de la Asamblea Nacional (considerando 100) muestra ratios en el sector comprendidos entre el 250 % (Verbund, Austria) y el 10-15 % (Veba, Alemania y PowerGen, Gran Bretaña).
- (172) La deuda permitió a EDF financiar su crecimiento y sus resultados sin fondos adicionales del accionista, incrementando con el «efecto multiplicador» de la deuda la rentabilidad de los fondos ya invertidos por el Estado. Ahora bien, se daba prioridad a la reducción de la deuda cuando EDF ya tenía una calificación excelente antes de plantearse la reducción de su deuda (considerando 71). Por otra parte, la excelencia de la calificación que refleja

⁽¹⁾ Informe anual EDF 1997, p. 103.

⁽²⁾ En el artículo 2 de la Decisión de 16 de diciembre de 2003 [C (2003) 4637 fin] (DO L 49 de 22.2.2005, p. 9), la Comisión decidió no plantear objeciones a la reforma del régimen de jubilación aplicable a las industrias eléctricas y del gas al que EDF estaba sujeto. Esta reforma tuvo como efecto trasladar al régimen general de la seguridad social los gastos y el compromiso de gastos de jubilación del régimen específico del personal de EDF y de las demás empresas que participaban en él.

la capacidad de reembolso de EDF frente a sus acreedores antes de 1996 no es incompatible con una baja remuneración del accionista. Al contrario, la calificación de los títulos de deuda que EDF emitía era tanto mejor cuanto que la exacción efectuada por su accionista era escasa. En el horizonte temporal destacado en las proyecciones comunicadas por las autoridades francesas, la reducción previsible del efecto multiplicador y, en cualquier caso, la escasa incidencia del importe del impuesto sobre el ratio de la deuda habría llevado a un inversor privado prudente en una economía de mercado bien a aminorar las perspectivas de rentabilidad de su inversión, bien a no considerar que la inversión con fondos propios por un importe equivalente al del impuesto estaba justificado por la necesidad de mejorar la situación de la deuda de EDF en 1997.

- (173) Por último, un inversor privado prudente habría podido basar su decisión de inversión en la evaluación de la capacidad de la empresa para garantizarle una remuneración estable y suficiente. A este respecto, la retribución prevista para el Estado accionista en el período 1997-2000 ilustrada por las autoridades francesas resultaba muy por debajo del 6,35 % pagado sobre las obligaciones de Francia en aquel momento. Además, esta remuneración puede reducirse *de facto* para tener en cuenta el impuesto pagado al Estado perceptor (considerandos 103 y 106). La remuneración del accionista también se veía considerablemente reducida en el mismo momento en que el Estado efectuaba la supuesta inversión. Cualquier accionista hubiera considerado negativamente la caída drástica y muy significativa de la remuneración de las aportaciones de capital. Esta remuneración debía pasar del 9,32 % real por término medio en el período 1991-1996, al 4,64 % previsto para el período 1997-2000, lo que representa una reducción de más de la mitad. Respecto a los fondos propios, la rentabilidad pasaba de una media del 14,1 % a finales de 1996 al 2,94 % previsto para el mismo período (considerandos 92 y 102, cuadros 1 y 3).
- (174) Ciertamente, un inversor privado prudente puede aceptar una reducción de su remuneración corriente con la perspectiva de un crecimiento de la empresa que implicará bien una mejor remuneración futura, bien una apreciación del valor de la empresa susceptible de generar una plusvalía en una venta de sus activos que revela un derecho de propiedad sobre la empresa. A este respecto, por una parte, la rentabilidad corriente que podía esperarse en el año 1997 no habría podido compensar la drástica reducción de la rentabilidad pasada. Por otra parte, el examen de cuatro factores potencialmente creadores de valor para el accionista, señalados en los considerandos 164 a 173, no permite afirmar que habrá un crecimiento previsible del valor de la empresa por el accionista, a partir de los datos disponibles en los documentos transmitidos por las autoridades francesas.
- (175) Por otra parte, los elementos disponibles no permiten concluir que un inversor privado prudente, que actuase en lugar del Estado francés en 1997 habría podido apostar por una plusvalía de capital que compensara el escaso nivel de remuneración corriente abonada al Estado, a la vista de la información disponible. Las autoridades francesas no han efectuado ningún estudio del valor de EDF antes y después de la recalificación de las provisiones en 1997.
- (176) Además, en 1997 EDF era, desde hacía más de cincuenta años, un organismo público de tipo industrial y comercial y no una sociedad anónima. A tenor del artículo 16 de la Ley nº 46-628, su capital pertenecía a la nación francesa y no podía ser enajenado (considerando 18). Por otra parte, es inevitable constatar que, incluso tras la reestructuración del balance de EDF introducida por la Ley nº 97-1026 en 1997, la deuda neta total de EDF, de unos 118 000 millones FRF aproximadamente, superaba con mucho el valor de sus fondos propios, que sumaban 79 800 millones FRF (considerando 101, cuadro 2).
- (177) En ninguno de los documentos en que se basó la supuesta decisión de inversión de las autoridades francesas se hace referencia al proyecto de una posible privatización de EDF mediante venta, total o parcial, del capital en poder del Estado. Esto habría requerido previamente la adopción de un estatuto de sociedad anónima y la renuncia al estatuto de establecimiento público de tipo industrial y comercial. Por el contrario, la única referencia al estatuto de EDF contenida en dichos documentos era la reafirmación por el Estado de su voluntad de mantener ese estatuto específico que «debía seguir siendo una referencia estable en la evolución futura» en el mercado interior de la electricidad (considerando 95). Francia afirma que la decisión de inversión se tomó basándose en esta información. Estos hechos deben, por tanto, seguir siendo el marco de referencia del análisis de la Decisión alegada.
- (178) En estas circunstancias, no habría sido razonable ni prudente, por parte de un inversor, esperar una plusvalía del capital que habría dependido de la intervención del poder legislativo tanto, por una parte, contra las disposiciones

legales adoptadas por las autoridades francesas en 1946 y aplicadas firmemente, como, por otra parte, contra la voluntad expresa del Estado, afirmada por el ministro responsable de las participaciones del Estado en el momento de los hechos (1997), de mantener el estatuto jurídico específico de EDF en un mercado interior de la energía liberalizado a nivel de la Unión. Las hipótesis en las que se basan las conclusiones de EDF en cuanto a la rentabilidad de la inversión que hubiera esperado un inversor privado prudente, a partir del valor inicial y futuro de las acciones de EDF en 1997 (considerandos 69 y 70), no tienen en cuenta el estatuto de EDF en 1997 y están en contradicción con los documentos transmitidos por las autoridades francesas al respecto.

- (179) Como subrayan las autoridades francesas, como entidad pública de tipo industrial y comercial, en 1997 EDF no tenía capital social, contrariamente, por ejemplo, a una sociedad anónima cuyo capital está en manos de accionistas (considerando 19), que pueden en todo momento vender sus acciones. El inversor de referencia en 1997 debía haber determinado, en concreto, una serie de factores o haber formulado hipótesis necesariamente cuestionables, a saber, i) ¿en cuánto fijaría el Estado el capital social de una futura sociedad anónima, incluyendo o no unos cuasi fondos propios, lo que determina la capacidad de la sociedad para pagar un dividendo estable?, ii) ¿en cuántas acciones este capital se dividiría, teniendo en cuenta que el importe más o menos elevado determina parcialmente su atractivo en el mercado?, iii) ¿cuál sería la forma de una eventual apertura de capital mediante la emisión de nuevas acciones y por qué importe, lo que determina el grado de posible dilución de su participación? y, por último, iv) ¿en qué momento la operación se pondría en marcha? Lo que, debido a las escasas perspectivas de recuperación que reflejaban los resultados provisionales de EDF hasta 2000 (considerando 167) solo podía plantearse en un futuro lejano. No hay nada en la información remitida por las autoridades francesas sobre el período anterior a la supuesta inversión que permita considerar que estas preguntas podrían haberse contestado en 1997.
- (180) En estas circunstancias, el posible aumento del valor del derecho detentado por el Estado en el capital de EDF resultante de la dotación de capital controvertida, (suponiendo que quede probado, lo que, obviamente, no es el caso) habría implicado, por parte de un inversor prudente, elaborar hipótesis sobre, al menos, cuatro factores esenciales en los que, contrariamente al legislador y al regulador, no habría tenido ningún poder ni, en cualquier caso, información válida disponible en 1997. Un inversor privado prudente no habría ignorado la práctica ausencia de liquidez de su inversión. De ello se deduce que un inversor privado prudente habría tenido en cuenta esta circunstancia a la hora de decidir si debía invertir o no. Esta falta de liquidez puede disminuir el interés de un eventual aumento del valor de la empresa
- (181) Por otra parte, como se indica en el considerando 144, la prueba del inversor privado prudente en una economía de mercado debe basarse principalmente en la información y los elementos transmitidos por el Estado miembro en una situación en la que la decisión ya ha sido adoptada, puesto que es el Estado miembro el que alega que esos datos y no otros más hipotéticos o, incluso, contradictorios con los elementos transmitidos, son los que el Estado miembro ha tomado en consideración. Ahora bien, el Tribunal de Justicia exige que la aplicación del principio del inversor privado prudente en una economía de mercado se base en las evaluaciones previsibles en el momento en que se adoptó la decisión (apartado 105 de la sentencia de 5 de junio de 2012). Así, las autoridades francesas declararon en 1997 que el estatuto de EDF, que no permitía la creación y reventa de acciones de EDF, se mantendría como una referencia estable, incluso en un mercado europeo liberalizado (considerando 95). Elegir hipótesis que contradicen la afirmación de las autoridades francesas equivale a situar la prueba en una situación que no es la más parecida a la del Estado miembro, contrariamente a lo que exige la jurisprudencia (considerando 126).
- (182) No obstante, aun suponiendo para los fines del análisis, que un inversor privado prudente habría podido tomar en consideración una evaluación posterior del valor de su inversión en una fecha incierta además de la rentabilidad periódica ofrecida, para decidir sobre la presunta inversión, el inversor hubiera optado por la capacidad de la empresa para generar beneficios a largo plazo, reflejando así el horizonte del Estado francés que controlaba EDF desde 1946. Para estimar el valor de su derecho de propiedad en EDF, el inversor privado prudente habría descartado el valor contable del activo neto de la empresa, incluso apostando por la reducción de la deuda y la generación de recursos que invocan las autoridades francesas (considerando 84). El valor de los activos, el importe de las inversiones o la reducción de la deuda no coinciden necesariamente con el valor económico real a la hora de fijar un precio para la transacción. No conviene, pues, insistir en el hecho de que el reembolso total de las deudas de EDF en 1997 habría requerido cantidades muy superiores a los fondos propios de EDF (considerando 177). A largo plazo, el valor de una empresa depende de su capacidad para generar valor para el accionista en forma de dividendos o aumento del capital, más que del valor contable de sus activos o patrimonio.

- (183) Entre los distintos métodos utilizados en finanzas para estimar el coste de oportunidad o la rentabilidad requerida de un derecho de propiedad transferible a título oneroso en el capital de una empresa, el más utilizado es el del modelo de evaluación de los activos financieros (MEDAF) (en inglés, *Capital Asset Pricing Model*, «CAPM») ⁽¹⁾. Como se muestra en el cuadro 5, la aplicación del modelo MEDAF a una inversión en el capital de EDF en 1997 establece un objetivo de rentabilidad requerido de alrededor del 12 %, que puede llegar al 13,4 %, para un activo líquido, como una acción EDF. No obstante, este objetivo debe considerarse como un mínimo. Presupone no solo que un derecho de propiedad sobre EDF, como una acción, era posible y transferible, sino, además, que existe un mercado líquido, cuando el Estado poseía el 100 % del capital y EDF no podía emitir acciones. A la rentabilidad exigida para un activo líquido debe añadirse una prima de entre el 0,5 y el 1,5 % ⁽²⁾ a fin de reflejar la gran incertidumbre que se desprende de los datos examinados en los considerandos 179 y 180 acerca de la liquidez de los bonos EDF que podía tener un inversor privado prudente en 1997.
- (184) En cualquier caso, la validez del orden de magnitud del 12 % fuera de la prima de liquidez está cerca de (aunque inferior a) la rentabilidad corriente sobre fondos propios del 14 % con la que EDF remuneró al Estado francés entre 1991 y 1996 (considerando 102, cuadro 3). Normalmente, la expectativa de rentabilidad para el futuro procede de la rentabilidad real obtenida. La validez de este orden de magnitud del 12 % también está corroborada por el uso de otros parámetros a partir de cifras disponibles en aquel momento, incluidos los utilizados en el estudio realizado por cuenta de EDF, citado en el considerando 70, que establece un objetivo dentro de una horquilla de entre el 11,9 % y el 13,5 %, con una media del 12,7 %. Como los resultados de los análisis no varían con una prima de liquidez por encima de la rentabilidad deseada del 12 %, aproximadamente, o bien aplicando a partir de 1997 el 14 % de rentabilidad real en el pasado reciente, no es necesario tomar en consideración dicha prima y la rentabilidad real.

Cuadro 5

Objetivo de rentabilidad requerido para una inversión en acciones de EDF en 1997: valores de cálculo

Parámetro	Valor	Origen
Tipo sin riesgo	6,35-5,58	MEDIA anual en 1997 del tipo diario del empréstito más popular de la República Francesa a 30 y 10 años, fuente: Banco de Francia: Tipo de referencia de los bonos del Tesoro y OAT, http://www.banque-france.fr/economie-et-statistiques/changes-et-taux .
Beta de EDF (endeudada)	0,45-0,54-0,62	1. Beta de EDF Vernimmen y otros autores, <i>op. cit.</i> , gráfico p. 427. 2. y 3. Estudio Oxera, cuadro 3.8, Beta de empresas de la UE en el sector.
Deuda (%)	60	Estructura del capital de EDF tras la reestructuración de 1997
Beta de EDF (sin deuda)	0,84-0,89-1,36	1. y 2. Cálculo de la Comisión. 3/Estudio Oxera, cuadro 3.8

⁽¹⁾ Este modelo evalúa el objetivo de rentabilidad que pide un inversor en el capital de una empresa (k) como el resultado de una adición a la rentabilidad de un activo financiero, supuestamente sin riesgo o con poco riesgo, a saber, una obligación del Estado en el mercado financiero de referencia (r_f), una prima de riesgo de mercado que refleje el carácter más arriesgado de una inversión en acciones ($K_m - r_f$) multiplicada por un coeficiente de riesgo específico de la acción de la empresa en cuestión (β) que puede ser, preferiblemente, el de la propia empresa o, en su defecto, el de empresas similares utilizadas como referencia. El parámetro β , debe estimarse para una empresa no endeudada (*gearing*) a fin de medir el riesgo intrínseco de (la acción de) la empresa con respecto al mercado. El modelo es $k = r_f + \beta \times (K_m - r_f)$. La Comisión aplicó el modelo MEDAF para estimar la rentabilidad requerida de las inversiones de capital en una empresa, avalada por el Tribunal General de la Unión Europea: T-319/12-España/Comisión, «Ciudad de la Luz», UE:T:2014:604, apartados 48 a 66. Para una descripción más detallada, véase Vernimmen y otros autores «*Corporate Finance*» John Wiley & Sons ed. 2ª edición, 2009, capítulo. 22; para los resultados de estudios sobre la frecuencia de utilización de métodos de evaluación, véase la p. 460. Los fundamentos teóricos y una aplicación digital del MEDAF al presente caso también se encuentran en el estudio realizado por Oxera por cuenta de EDF (considerando 70), en particular, su anexo I.

⁽²⁾ Vernimmen y otros autores «*Corporate Finance*» John Wiley & Sons ed. 2ª edición, 2009, pp. 433-434.

Parámetro	Valor	Origen
Prima de riesgo de mercado	6,3-7,3	1. Vernimmen, <i>op. cit.</i> p. 423 citando a Mehra Prescott 2/2003 T. 2 FR 1973-98. 2. Prima de riesgo esperada en Francia por término medio en el período 1988-1996 (esta prima era del 10,1 % en 1996). «An examination of Equity Risk Premium Forecasts in the G-6 Countries», Khorana, Moyer & Pattel, I/B/E/S Documento de trabajo, agosto de 1997, p. 25.
Horquilla del objetivo de rentabilidad	11,7-12,1-13,4	Cálculo de la Comisión
Rentabilidad media	12	Cálculo de la Comisión

- (185) Para adoptar su decisión de inversión en 1997, un inversor privado prudente en una situación lo más parecida a la de las autoridades francesas habría considerado las estimaciones sistemáticas de los resultados futuros de EDF validadas por las autoridades competentes y elegidas como escenario financiero tal como constan en la cuenta de explotación de previsiones de EDF durante el período 1997-2000 (considerandos 90-92 cuadro 1, considerando 97). La exención fiscal representaba el 11 % de los 53 300 millones FRF de capital y aportaciones de capital de EDF en 1997, tras la reestructuración del balance. Por lo tanto, se puede concluir que la inversión daba derecho a recibir el 11 % de los dividendos (remuneración de las dotaciones de capital estimadas en los cuadros 1 y 4) y del valor de EDF. Para determinar este valor, debe aplicarse un modelo de cálculo de valor de empresa a largo plazo, es decir, el modelo de descuento de dividendos (en inglés, «*Dividend Discount Model*», «DDM») ⁽¹⁾.
- (186) Los resultados del análisis con el modelo DDM de una inversión de 5 880 millones FRF a partir de los dividendos previstos en la cuenta de resultado provisional de EDF 1997-2000 (remuneración de las asignaciones de capital y remuneración adicional en el cuadro 1) se exponen en el cuadro 6, anotando el tipo interno de rentabilidad (TIR) de los flujos financieros y el valor actual neto («VAN») para tipos de objetivos de rentabilidad del 12 %, 6,35 % y 5,58 % ⁽²⁾. Estos resultados se calculan para un escenario de referencia basado en la práctica común de análisis (cuadro 6.1), con tres análisis de sensibilidad menos plausibles que flexibilizan las hipótesis del escenario de referencia y, por consiguiente, simulan una mayor rentabilidad para el accionista que el escenario de referencia (cuadros 6.2, 6.3 y 6.4).

Cuadro 6

Estimación de la rentabilidad (VAN) de una inversión de 5 880 millones FRF a partir del modelo DDM desde la cuenta de resultado previsto de EDF 1997-2000 (cuadro 1) (en miles de millones de FRF)

6.1. Escenario central (crecimiento de los dividendos previsto al final del período 1999-2000)

		1.1.1997	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.2000	31.12.2000
		Inversión	Dividendo	Dividendo	Dividendo	Dividendo	Valor DDM
		- 5,88	0,23	0,28	0,26	0,26	2,21
VAN al 12 %	- 3,43						
VAN al 6,35 %	- 3,17						
VAN al 5,58 %	- 3,12						
TIR	- 13 %						

Nota: el cuadro se lee de la siguiente manera: para los flujos financieros previstos entre el 1.1.1997 y el 31.12.2000, el VAN con un tipo de descuento del 12 % es de - 3 430 millones [...] y el TIR es del - 13 %.

⁽¹⁾ El modelo DDM representa el valor de la empresa a partir del (último) dividendo abonado (Dt), del tipo de crecimiento de los dividendos (d'D) y del objetivo de remuneración, o coste de oportunidad del capital (K) según la fórmula $Vr = Dt (1 + d'D) / (K - d'D)$. El modelo DDM se utiliza también en el estudio de Oxera por cuenta de EDF (apartados 3.27-3.31, cuadro 3.4), pero con valores diferentes y, en algunos casos, muy poco realistas. El estudio Oxera se basa en una tasa de crecimiento de los dividendos del 9,3 % anual. Ciertos tipos de crecimiento del dividendo se asocian, en un cálculo a perpetuidad, como el del modelo DDM, al crecimiento de la empresa. Tipos de crecimiento del 9,3 % muy por encima de la inflación y del crecimiento del producto interior bruto («PIB») a largo plazo, implican que, a medio plazo, EDF se quedaría con el conjunto del PIB de Francia.

⁽²⁾ Un valor actual neto negativo para un tipo de interés (actualización-financiación) determinado indica que la inversión no resulta rentable con ese tipo de interés. El tipo de rentabilidad interna (positivo —«TIR»—), indica el tipo de interés efectivo al que los flujos financieros previstos remuneran una inversión.

6.2. Sensibilidad 1 (d^e dividendos = 4,51 % tipo anual 1997-2000)

		1.1.1997	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.2000	31.12.2000
		Inversión	Dividendo	Dividendo	Dividendo	Dividendo	Valor DDM
		- 5,88	0,23	0,28	0,26	0,26	3,69
VAN al 12 %	- 2,68						
VAN al 6,35 %	- 2,14						
VAN al 5,58 %	- 2,05						
TIR	- 4,7 %						

6.3. Sensibilidad 2 (Escenario central + añadido 11 % cuasi fondos propios)

		1.1.1997	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.2000	31.12.2000
		Inversión	Dividendo	Dividendo	Dividendo	Dividendo	Valor DDM
		- 5,88	0,23	0,28	0,26	0,26	4,93
VAN al 12 %	- 2,06						
VAN al 6,35 %	- 1,29						
VAN al 5,58 %	- 1,16						
TIR	0,3 %						

6.4. Sensibilidad 3 (Sensibilidad 1 + añadido 11 % cuasi fondos propios)

		1.1.1997	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.2000	31.12.2000
		Inversión	Dividendo	Dividendo	Dividendo	Dividendo	Valor DDM
		- 5,88	0,23	0,28	0,26	0,26	6,41
VAN al 12 %	- 1,30						
VAN al 6,35 %	- 0,26						
VAN al 5,58 %	- 0,08						
TIR	5,2 %						

(187) Según las estimaciones del cuadro 6, si el importe de 5 880 millones FRF supuestamente invertido hubiera abierto un derecho a disponer de un porcentaje proporcional de los dividendos y del valor de EDF, la operación habría presentado un valor actual neto ampliamente negativo (- 3 430 millones FRF). Para que la inversión tuviera un interés financiero para un inversor privado en una economía de mercado, en la hipótesis más corriente (cuadro 6.1), habría sido necesario que el inversor privado prudente aceptase una remuneración muy inferior a un coste de oportunidad del capital al 12 % para una inversión en acciones líquidas de EDF, incluso inferior a la abonada sobre las obligaciones del Estado francés a 30 años (6,35 %) y 10 años (5,58 %) en 1997. Obviamente, un inversor privado prudente no habría realizado la inversión en estas condiciones.

- (188) Estas conclusiones no cambian cualitativamente si se aplican, como prueba de sensibilidad, otras hipótesis que, aunque menos verosímiles, favorecen más la supuesta inversión (cuadros 6.2 a 6.4) ⁽¹⁾. En todos los casos, la rentabilidad propuesta es inferior al 12 % e incluso inferior a la abonada sobre las obligaciones del Estado francés a 30 y 10 años en 1997. Por último, el examen de otras variables disponibles sobre los resultados de explotación previstos de EDF, como las previsiones de ingresos, de resultados de actividad principal o de resultado neto (considerandos 166 a 168) no habría permitido a un inversor privado prudente anticipar un vuelco total de tendencia que permitiera remunerar mejor o crear valor para el Estado accionista posteriormente. Estas tendencias previsibles y previstas en 1997, corroboran aún más las conclusiones y su ampliación al período posterior al año 2000, como un inversor privado prudente podía preverlas en 1997 a partir de los datos transmitidos por las autoridades francesas.
- (189) Incluso considerando que el inversor privado prudente hubiese esperado una ganancia de capital además de la rentabilidad periódica de EDF, lo que nada indica en la información y los datos transmitidos por las autoridades francesas, y que habría sido, además, demasiado arriesgado esperarla, habida cuenta del estatuto de EDF en 1997, está descartado que hubiera realizado la supuesta inversión. En estas circunstancias, la aplicación del criterio del inversor privado prudente en una economía de mercado muestra que, aunque la exención fiscal de 5 880 millones FRF hubiera sido, de hecho, una decisión de inversión por parte del Estado accionista, un inversor privado prudente que poseyera la información que alegan las autoridades francesas no habría llevado a cabo dicha operación.
- (190) A este respecto, las observaciones de EDF que se encuentran en el considerando 71, según las cuales la exención de impuestos no habría tenido ningún efecto perjudicial para la competencia ni habría supuesto una ventaja puesto que EDF habría podido, en cualquier caso, encontrar una financiación equivalente en los mercados de capitales, están desmentidas por los hechos. Está claro que EDF no habría podido emitir acciones en los mercados para obtener dicho importe. Aunque EDF hubiese podido, probablemente, encontrar un prestamista, el empréstito o la emisión obligacionista correspondiente habría debido ser remunerada, con toda probabilidad, a un tipo más elevado que el que el Estado francés esperaba para las aportaciones de capital a EDF para el período 1997-2000 y al del coste de refinanciación equivalente a los bonos del Estado en 1997. Si EDF hubiera podido contar con una cantidad equivalente de principal, los costes de financiación sufragados hubieran sido mayores que los de la supuesta inversión. Incluso en ese marco, sin tener en cuenta el reembolso del principal al que EDF no estaba obligado por el importe de la exención de impuestos o el importe equivalente en dotaciones de capital en 1997, la medida hubiese supuesto una ventaja económica para EDF al reducir sus costes financieros.
- (191) Aun cuando el principio del inversor privado prudente en una economía de mercado fuera aplicable, a la vista de los documentos transmitidos por las autoridades francesas que han clarificado, según ellas, las perspectivas de rentabilidad y los riesgos asociados a la supuesta inversión en forma de exención fiscal, la aplicación de la prueba del principio del inversor privado en una economía de mercado permite concluir que un inversor privado prudente no habría invertido un importe igual al del impuesto adeudado en la ampliación de capital de EDF en 1997.
- (192) El impago por EDF de 5 880 millones FRF del impuesto de sociedades, no reviste el carácter de una inversión productiva por parte del Estado accionista en aplicación del principio del inversor privado prudente en una economía de mercado. Parece más bien una medida excepcional de exención fiscal *ad hoc* que confirió una ventaja económica a EDF equivalente al importe del impuesto no pagado. Semejante ventaja refuerza necesariamente la posición de EDF respecto a la de sus competidores, puesto que la cantidad de fondos propios determina, entre otros factores, la capacidad y las condiciones de financiación exterior de una empresa cuando, por otra parte, los recursos ahorrados fueron utilizados para otros fines como, por ejemplo, la inversión en Francia o en otros Estados miembros en los que los competidores ejercían su actividad en 1997.

⁽¹⁾ La hipótesis de que el dividendo de EDF aumentaría en un 4,51 % (sensibilidad 1, cuadro 6.2) parece optimista; se obtiene armonizando el tipo de crecimiento previsto para los 4 años de previsión 1997-2000. Aparte de que, por lo general, el crecimiento de los dividendos considerado es el del final del período (escenario central), en la práctica, los dividendos a abonar por EDF debían disminuir en 1997-2000 respecto a 1991-1996 y en 1999 y 2000, respecto a 1998. En cualquier caso, un tipo del 4,51 % para siempre es elevado en términos absolutos. La hipótesis (sensibilidad 2, cuadro 6.3) de que el accionista añadiría -o que el comprador pagaría- (una prorrata) de cuasi fondos propios de EDF, estimados en 1997 al valor objetivo de EDF calculado no tiene en cuenta el carácter reglamentario de determinados fondos propios (reservas). Esta hipótesis, combinada con el modelo DDM, es también optimista ya que equivale a atribuir al accionista (una prorrata del 11 %) de los cuasi fondos propios (excluido el capital suscrito) que permiten a la empresa absorber eventuales pérdidas y, a largo plazo, estar en condiciones de abonar un dividendo y una remuneración regulares para el accionista. Presupone que los cuasi fondos propios de EDF fijados en 1997-2000 se mantendrían indefinidamente disponibles mientras que el modelo DDM prescinde de las fuentes de remuneración distintas del dividendo. Por lo tanto, es una hipótesis poco justificable. La fusión de las dos hipótesis (sensibilidad 3, cuadro 6.4) multiplica sus inconvenientes o debilidades respectivos y hace aún más improbables y azarosos los resultados del cálculo.

- (193) En consecuencia, la ventaja económica produce un falseamiento de la competencia en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE. La ventaja es selectiva, puesto que el impago del impuesto de sociedades sobre una parte de esas provisiones contables constituye una excepción al tratamiento fiscal normalmente aplicable a una operación de este tipo y, en este caso, esta excepción solo se aplicó a EDF.

9.2. RECURSOS ESTATALES

- (194) El concepto de ayuda no solo abarca prestaciones positivas como las subvenciones, sino también todas aquellas intervenciones de las autoridades públicas que alivian las cargas que recaen normalmente sobre el presupuesto de una empresa y que surten los mismos efectos que las subvenciones ⁽¹⁾. Según una jurisprudencia reiterada ⁽²⁾, el hecho de que el Estado no cobre un impuesto que debía haberse recaudado equivale al uso de un recurso estatal.
- (195) El hecho de no haber cobrado la totalidad del impuesto de sociedades adeudado con cargo al ejercicio de 1997 se deriva directamente de las disposiciones fiscales adoptadas por las autoridades francesas para aplicar un acto estatal, la Ley nº 97-1026, de 10 de noviembre de 1997.

9.3. FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA Y REPERCUSIONES EN EL COMERCIO ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS

- (196) Desde su creación en 1946 y hasta la entrada en vigor de la Directiva 96/92/CE, EDF se benefició, en el mercado francés, de una situación de monopolio con derechos exclusivos para el transporte, la distribución, así como la importación y exportación de electricidad. Ahora bien, EDF ya competía con los productores de electricidad de los demás Estados miembros antes, incluso, de la entrada en vigor de la Directiva 96/92/CE. Además, ya había libre competencia en los mercados conexos no sujetos a derechos exclusivos en los que EDF ya había diversificado sus actividades más allá de sus derechos exclusivos, tanto desde un punto de vista geográfico como sectorial. Por tanto, las repercusiones en los intercambios comerciales ya existían mucho antes de la liberalización establecida por la Directiva 96/92/CE.
- (197) La electricidad era objeto de intercambios comerciales importantes y crecientes entre los Estados miembros, en los que EDF participaba activamente. Estos intercambios, potenciados por la adopción de la Directiva 90/547/CEE del Consejo ⁽³⁾, se efectuaban sobre la base de acuerdos comerciales entre los distintos operadores de las redes de electricidad de alta tensión de los Estados miembros. En los países europeos de la OCDE, las importaciones de electricidad aumentaron entre 1980 y 1990 a un ritmo anual medio de más del 7 %. De 1981 a 1989, EDF multiplicó por nueve el excedente de su balanza comercial de electricidad, alcanzando unas exportaciones netas de 42 TWh, lo que representaba el 10 % de su producción total. En 1985, EDF ya exportaba 19 TWh hacia los demás Estados miembros.
- (198) Antes incluso de la entrada en vigor de la Directiva 96/92/CE en febrero de 1999, algunos Estados miembros ya habían adoptado unilateralmente medidas destinadas a abrir su mercado de la electricidad. En particular, el Reino Unido abrió en 1990 su mercado al 100 % para grandes clientes industriales. Suecia abrió el suyo al 100 % en 1996, Finlandia comenzó a abrirlo en 1995 para alcanzar el 100 % en 1997, Alemania lo abrió al 100 % en 1998 y los Países Bajos lo abrieron totalmente para los clientes industriales en 1998. En estas circunstancias, antes incluso de la fecha fijada en la Directiva para la apertura a la competencia, las ayudas estatales concedidas a las empresas que tenían un monopolio en un Estado miembro y participaban activamente en los intercambios intracomunitarios, como es el caso de EDF, ya podían falsear la competencia entre Estados miembros en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE.
- (199) En su informe anual de 1997, EDF señalaba que se situaba «entre los primerísimos operadores internacionales del sector eléctrico, con más de 13 000 millones FRF contratados fuera de Francia, un parque de producción cuya potencia instalada representa cerca del 11 % de la del parque francés y más de 8 millones de clientes». El informe destacaba, asimismo que, en 1997, EDF «multiplicó y consolidó sus inversiones en Europa al extender su presencia a Austria y Polonia» y que «exportó más de 70 TWh a Europa». Estas exportaciones se llevaban a cabo en competencia con proveedores alternativos en los mercados afectados.
- (200) El contrato de empresa 1997-2000, firmado el 8 de abril de 1997 entre el Estado y EDF, establece que EDF destinará unos 12 o 13 000 millones FRF a sus inversiones internacionales, dando prioridad a las regiones de Europa. Entre 2000 y 2002, EDF adquirió un tercio del capital de la empresa alemana EnBW, aumentó la

⁽¹⁾ Sentencias *Gezamenlijke Steenkolenmijnen/Alta Autoridad*, 30/59, UE:C:1961:2; sentencia *Banco de Crédito Industrial*, asunto C-387/92, UE:C:1994:100; sentencia *SFEI*, C-39/94, UE:C:1996:285; sentencia *Francia/Comisión*, C-241/94, UE:C:1996:353; sentencia *FFSA/Comisión*, T-106/95, UE:T:1997:23.

⁽²⁾ Véase, en particular, la sentencia *Ladbroke/Comisión*, T-67/94, UE:T:1998:7, apartado 109.

⁽³⁾ Directiva 90/547/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1990, relativa al tránsito de electricidad por las grandes redes (DO L 313 de 13.11.1990, p. 30).

capacidad de producción y distribución de su filial británica London Electricity, tomó el control directo de la empresa italiana Fenice y se asoció con Fiat para la compra de Montedison (convertida en Edison).

- (201) En 1997, SDS, filial al 100 % de EDF, agrupaba sus actividades vinculadas a la prestación de servicios para clientes particulares, empresas y autoridades locales. SDS ejercía sus actividades en el tratamiento de residuos, el alumbrado público y otros servicios vinculados a la energía, con una contribución a las ventas equivalente a 685 millones EUR en 1998 frente a los 650 millones EUR de 1997. En 2000, EDF culminó un acuerdo de asociación con Veolia Environnement a través de la sociedad Dalkia, líder europeo de servicios energéticos a empresas y colectividades. Dalkia propone servicios de ingeniería y mantenimiento energéticos, gestiona instalaciones térmicas y servicios técnicos vinculados al funcionamiento de edificios y se encarga de la explotación de las redes de calor, de cogeneración y de conjuntos de producción de energía y fluidos industriales.
- (202) EDF también desarrolló sus actividades en el mercado de las energías renovables. En 1997, la sociedad holding CHART, filial al 100 % de EDF, agrupaba sus actividades en el ámbito de las energías renovables, como la geotermia y la energía eólica. Su contribución al volumen de negocios consolidado era entonces de 70 millones EUR.
- (203) Por último, como productor y distribuidor de electricidad, EDF competía y sigue compitiendo con proveedores de otras fuentes de energía alternativas, como el carbón, el petróleo y el gas, tanto en su mercado nacional como en los mercados internacionales. En Francia, por ejemplo, lanzó con éxito una campaña para fomentar la utilización de electricidad para la calefacción. De este modo, aumentó su cuota de mercado respecto a sus competidores que suministran fuentes de energía alternativas, como el petróleo o el gas. En el sector del acero, los hornos eléctricos compiten con los de gas y de petróleo. De ello se deduce que una medida como la que se discute puede falsear la competencia que se ejercía con los proveedores alternativos como Gaz de France.
- (204) EDF ocupaba, por tanto, un lugar destacado en el comercio de la electricidad entre Estados miembros en 1997, mientras que, en la actualidad, el mercado de la electricidad en Francia está totalmente abierto y muchos proveedores europeos intervienen en él. De todo ello se desprende que, en 1997, EDF estaba ya bien implantada en algunos mercados de otros Estados miembros y que la ayuda resultante del impago por EDF del impuesto de sociedades sobre una parte de las provisiones contables constituidas con exención de impuestos para la renovación de la RAG solo podía afectar a la competencia y a los intercambios comerciales entre Estados miembros.
- (205) Estas consideraciones ya fueron expuestas en la Decisión de ampliación. Ni Francia ni EDF cuestionaron en sus observaciones el hecho de que la ayuda podía afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros.
- (206) Así, en la medida en que se cumplen los cuatro criterios establecidos en el artículo 107, apartado 1, del TFUE, el impago por EDF del impuesto de sociedades sobre una parte de las provisiones contables constituidas con exención de impuestos para la renovación de la RAG constituye una ayuda estatal. Conviene ahora estudiar la compatibilidad de esta ayuda con el mercado interior.

10. ANÁLISIS DE LA COMPATIBILIDAD DE LA AYUDA CON EL MERCADO INTERIOR

- (207) El artículo 107, apartado 1, del TFUE dispone que las ayudas que cumplan los criterios en él definidos serán, en principio, incompatibles con el mercado interior. Según reiterada jurisprudencia, incumbe al Estado miembro exponer las razones y elementos de cualquier tipo por los que una ayuda estatal es compatible con el mercado interior ⁽¹⁾. En este caso, la República Francesa no ha alegado ninguna razón ni ha aportado datos a este respecto.
- (208) Las excepciones previstas en el artículo 107, apartado 2, del TFUE no son aplicables en el presente caso debido al tipo de ayuda, que no está destinada a alcanzar los objetivos mencionados en dicho apartado.
- (209) La ayuda en cuestión tampoco cumple las condiciones establecidas en el artículo 107, apartado 3, letras a) y c), del TFUE para las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de determinadas regiones, sobre todo teniendo en cuenta que corresponde a una ayuda de funcionamiento. De hecho, no está supeditada a inversiones ni a la creación de puestos de trabajo, como se contempla en las Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Asunto C-364/90-Italia/Comisión, UE:C:1993:157, apartado 20.

⁽²⁾ Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional (DO C 209 de 23.7.2013, p. 1).

- (210) El artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE contempla, asimismo, una excepción para las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común. En este caso concreto, la medida de ayuda examinada no puede acogerse a dicha excepción. Esta excepción a la legislación fiscal aplicable, que solo beneficia a una empresa, no puede considerarse destinada a facilitar el desarrollo de una actividad. Su único objetivo es, de hecho, ayudar a una empresa reduciendo sus costes operativos.
- (211) Por lo que se refiere a las excepciones previstas en el artículo 107, apartado 3, letras b) y d), del TFUE, la medida de ayuda examinada no está destinada a promover la realización de un proyecto de interés común, ni a poner remedio a una grave perturbación de la economía francesa, ni a promover la cultura y la conservación del patrimonio.
- (212) Por lo tanto, no se cumplen los criterios de compatibilidad enunciados en el artículo 107, apartados 2 y 3, del TFUE. Por otra parte, en cuanto a la compensación de los costes de servicio público, las autoridades francesas no han invocado, respecto a la ventaja fiscal, la aplicación del artículo 106, apartado 2, del TFUE, pero hicieron hincapié en que EDF ejerce misiones de servicio público. Ahora bien, las autoridades francesas no han proporcionado ninguna evaluación del coste de estas misiones para EDF. Por lo tanto, la Comisión no puede determinar si la ventaja fiscal en cuestión compensa o no el posible coste adicional derivado de estas misiones de servicio público que le han sido impuestas. En cualquier caso, si el impago del impuesto debiera calificarse como compensación por la prestación de un servicio de interés económico general, no se ha demostrado que tal compensación se definiera de antemano según criterios transparentes y objetivos, y que se calculara en relación con los costes de una empresa eficiente.
- (213) Por tanto, no es posible proceder, en este caso, al examen del cumplimiento de las condiciones formuladas en la sentencia *Altmark* ⁽¹⁾, que permiten sustraerse al ámbito de aplicación del artículo 107, apartado 1, del TFUE, ni al examen de los criterios de aplicación del artículo 106, apartado 2, del mismo que, por lo demás, las autoridades francesas no invocan.
- (214) De las consideraciones expuestas anteriormente se deduce que la ayuda examinada constituye una ayuda de funcionamiento que tuvo por efecto reforzar la posición competitiva de EDF frente a sus competidores. En estas circunstancias, sería incompatible con el mercado interior.
- (215) La Comisión considera también que, contrariamente a lo que afirman las autoridades francesas, en este caso no es aplicable la norma de prescripción. Ciertamente, EDF constituyó provisiones contables con exención fiscal entre 1987 y 1996. No obstante, cabe señalar, por una parte, que según el Consejo Nacional de Contabilidad, las correcciones de errores que, por su misma naturaleza, se refieren a la contabilización de operaciones pasadas, deben contabilizarse en el resultado del ejercicio en el que se constatan y, por otra, que la ley que dispone que los derechos del cedente se reasignarán como dotaciones de capital sin quedar sujetos al impuesto de sociedades data de 10 de noviembre de 1997. La ventaja fiscal se remonta, por tanto, a 1997, y la prescripción no se aplica a una ayuda nueva abonada en esa fecha, ya que el primer acto de la Comisión relativo a esa medida es del 10 de julio de 2001. Por otra parte, en virtud del artículo 15 del Reglamento (CE) n° 659/1999, el procedimiento de infracción suspende el plazo de prescripción.

11. CONCLUSIONES

- (216) La Comisión constata que Francia ha concedido ilegalmente la ayuda en cuestión, en infracción de lo dispuesto en el artículo 108, apartado 3, del TFUE. La Comisión considera que la exención del impuesto de sociedades por un importe de 5 882 849 762 FRF relativa a la reasignación como dotación de capital, prevista por la Ley n° 97-1026, de provisiones contables correspondientes a las operaciones de renovación de la red de alimentación general ya realizadas por importe de 14 119 065 335 FRF, constituye una ayuda ilegal e incompatible con el mercado interior.
- (217) En virtud del artículo 108, apartado 2, del TFUE, cuando la Comisión comprueba que una ayuda es incompatible con el mercado interior, es competente para obligar al Estado miembro interesado a suprimir o modificar dicha ayuda. A tenor del artículo 14 del Reglamento (CE) n° 659/1999, «cuando se adopten decisiones negativas en casos de ayuda ilegal, la Comisión decidirá que el Estado miembro interesado tome todas las medidas necesarias para obtener del beneficiario la recuperación de la ayuda ("la decisión de recuperación")». La Comisión no exigirá la recuperación de la ayuda si ello fuera contrario a un principio general del Derecho comunitario.»

⁽¹⁾ C-280/00-Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg; UE:C:2003:415.

- (218) El objetivo que persigue la Comisión al exigir al Estado miembro interesado que recupere las ayudas incompatibles con el mercado interior es volver a la situación anterior ⁽¹⁾. A este respecto, el Tribunal de Justicia considera que el objetivo se ha alcanzado cuando los beneficiarios han reembolsado los importes concedidos mediante una ayuda ilegal, anulando así la ventaja de que disfrutaban respecto a sus competidores. De esta manera queda restablecida la situación anterior al pago de la ayuda ⁽²⁾.
- (219) En el presente caso, parece que ningún principio general del Derecho de la Unión vaya en contra de la recuperación de las ayudas ilegales comprobadas. En particular, ni Francia ni los terceros interesados han aportado argumentos en este sentido.
- (220) En consecuencia, Francia deberá adoptar todas las medidas necesarias para obtener de EDF la recuperación de la ayuda ilegal pagada en forma de exención del impuesto de sociedades por un importe de 5 882 849 762 FRF relativa a la reasignación como capital de parte de las provisiones por valor de 14 119 065 335 FRF.
- (221) A efectos de esa recuperación, las autoridades francesas deberán, además, añadir al importe de la ayuda los intereses de recuperación que empezarán a contar a partir de la fecha en que la ayuda ilegal se puso a disposición de la empresa, es decir, la fecha de vencimiento del pago del impuesto de sociedades con cargo al ejercicio fiscal 1997, hasta su recuperación efectiva ⁽³⁾, de conformidad con el capítulo V del Reglamento (CE) n° 794/2004 de la Comisión ⁽⁴⁾.
- (222) En el marco de la obligación de cooperación leal que incumbe a Francia en el marco del procedimiento de recuperación, este importe habrá de definirse más precisamente durante el procedimiento, sobre la base de elementos facilitados por las autoridades francesas, que tendrán en cuenta, entre otras cosas, los tipos de cambio ECU/EUR y el franco francés (FRF) eventualmente aplicables a los tramos de pago por EDF del impuesto de sociedades durante el año 1997 y el reembolso de las ayudas a EDF a raíz de la anulación de la primera decisión negativa en 2009. En efecto, en el presente caso, los intereses no se devengan por el período durante el cual la ayuda ya no estaba a disposición de la empresa, es decir, el período entre la recuperación efectiva de la ayuda por Francia y el reingreso a EDF. No obstante, habrá que tomar en consideración los intereses pagados por Francia a EDF.
- (223) Las autoridades francesas deberán recuperar el importe mencionado en un plazo de cuatro meses a partir de la fecha de notificación de la presente Decisión.
- (224) De conformidad con reiterada jurisprudencia, cuando un Estado miembro encuentre dificultades imprevistas o circunstancias que no hayan sido previstas por la Comisión, estos problemas podrán ponerse en conocimiento de la Comisión, acompañados de propuestas sobre las enmiendas adecuadas, para que la Comisión los evalúe. En tal caso, la Comisión y el Estado miembro de que se trate trabajarán conjuntamente de buena fe con el fin de superar las dificultades sin dejar de cumplir todas las disposiciones ⁽⁵⁾ del TFUE.
- (225) Por lo tanto, la Comisión pide a Francia que le informe a la mayor brevedad de cualquier problema que aparezca en la ejecución de la presente Decisión.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

1. La exención del impuesto de sociedades en favor de Electricité de France por un importe de 5 882 849 762 FRF, relativa a la reasignación como capital de las provisiones correspondiente al contravalor de los bienes en especie en régimen de concesión de la red de alimentación general, constituye una ayuda estatal en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE.

⁽¹⁾ Sentencia España/Comisión, C-278/92, C-279/92 y C-280/92, UE:C:1994:325, apartado 75.

⁽²⁾ Sentencia Bélgica/Comisión, C-75/97, UE:C:1999:311, apartados 64-65.

⁽³⁾ Véase el artículo 14, apartado 2, del Reglamento n° 659/99, citado anteriormente.

⁽⁴⁾ Reglamento (CE) n° 794/2004 de la Comisión, de 21 de abril de 2004, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) N° 659/1999 del Consejo por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (DO L 140 de 30.4.2004, p. 1).

⁽⁵⁾ Sentencia Comisión/Alemania, asunto C-94/87, UE:C:1989:46, apartado 9, y sentencia Comisión/Italia, asunto C-348/93, UE:C:1995:95, apartado 17.

2. La ayuda mencionada en el apartado 1, ejecutada ilegalmente por la República Francesa, es incompatible con el mercado interior.

Artículo 2

1. La República Francesa deberá recuperar del beneficiario el contravalor en EUR de la ayuda contemplada en el artículo 1.

2. Las cantidades pendientes de recuperación devengarán intereses a partir de la fecha en que se pusieron a disposición del beneficiario hasta la de su recuperación efectiva.

3. Los intereses se calcularán sobre una base compuesta de conformidad con el capítulo V del Reglamento (CE) nº 794/2004.

Artículo 3

1. La recuperación de la ayuda mencionada en el artículo 1 será inmediata y efectiva.

2. La República Francesa velará por que la presente Decisión se aplique en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de su notificación.

Artículo 4

1. En los dos meses siguientes a la notificación de la presente Decisión, la República Francesa comunicará a la Comisión la información siguiente:

- a) el importe total (principal e intereses) que debe recuperarse del beneficiario;
- b) una descripción detallada de las medidas ya adoptadas y previstas para el cumplimiento de la presente Decisión, y
- c) los documentos que demuestren que se ha ordenado al beneficiario que reembolse la ayuda.

2. La República Francesa mantendrá informada a la Comisión del avance de las medidas nacionales adoptadas en aplicación de la presente Decisión hasta la recuperación completa de la ayuda mencionada en el artículo 1. Presentará inmediatamente, a petición de la Comisión, toda la información sobre las medidas ya adoptadas y previstas para el cumplimiento de la presente Decisión. También proporcionará información detallada sobre el importe de la ayuda y los intereses ya recuperados del beneficiario.

Artículo 5

El destinatario de la presente Decisión será la República Francesa.

Hecho en Bruselas, el 22 de julio de 2015.

Por la Comisión
Margrethe VESTAGER
Miembro de la Comisión
