

## II

(Actes pris en application des traités CE/Euratom dont la publication n'est pas obligatoire)

## DÉCISIONS

## COMMISSION

## DÉCISION DE LA COMMISSION

du 25 septembre 2007

**concernant l'aide d'État accordée par la Pologne dans le cadre d'accords d'achat d'électricité à long terme et l'aide d'État que la Pologne prévoit d'accorder dans le cadre de compensations versées en cas de résiliation volontaire d'un accord d'achat d'électricité à long terme**

[notifiée sous le numéro C(2007) 4319]

(Le texte en langue polonaise est le seul faisant foi.)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

(2009/287/CE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 88, paragraphe 2, premier alinéa,

vu l'accord sur l'Espace économique européen, et notamment son article 62, paragraphe 1, point a),

après avoir invité les intéressés à présenter leurs observations conformément aux dits articles <sup>(1)</sup> et vu ces observations,

considérant ce qui suit:

#### 1. PROCÉDURE

(1) Par lettre du 1<sup>er</sup> mars 2005 (WEH/1023/6-54/05) enregistrée le 3 mars 2005 (SG/2005/A/226), les autorités polonaises ont informé la Commission, conformément à l'article 88, paragraphe 3, du traité CE, d'un projet de loi sur les «conditions de prise en charge des coûts supportés par les producteurs en liaison avec la résiliation anticipée d'accords d'achat d'électricité à long terme» (ci-après dénommé «projet de loi»).

(2) Après un premier examen, la Commission a décidé que la notification n'était pas complète et, par lettre du 27 avril 2005, elle a demandé aux autorités polonaises un

complément d'information sur les mesures susmentionnées.

(3) Par lettre du 1<sup>er</sup> juin 2005 enregistrée le 2 juin 2005, les autorités polonaises ont communiqué une partie des informations supplémentaires demandées; les renseignements manquants ont été fournis ultérieurement, par lettre du 24 juin 2005 enregistrée le 28 juin 2005.

(4) Les 28 et 29 juin 2005, une réunion technique s'est tenue à la demande des autorités polonaises, pour examiner la notification en question. Au cours de cette réunion, la Commission a identifié d'autres points sur lesquels les autorités polonaises devaient fournir des précisions par écrit pour que la Commission dispose de l'ensemble des informations demandées aux fins de son appréciation.

(5) En l'absence de réponse, la Commission a rappelé aux autorités polonaises, par lettre du 28 juillet 2005 (D/55776), les éclaircissements demandés lors de la réunion du 28 juin 2005 et les a invitées à communiquer les renseignements nécessaires.

(6) Par lettre du 7 septembre 2005 enregistrée le 9 septembre 2005, les autorités polonaises ont informé la Commission qu'en raison de la fin de la législature parlementaire, les travaux sur le projet de loi étaient interrompus.

<sup>(1)</sup> JO C 52 du 2.3.2006, p. 8.

- (7) Par lettre du 23 novembre 2005, la Commission a informé la Pologne de sa décision d'ouvrir la procédure prévue à l'article 88, paragraphe 2, du traité CE à l'égard du projet de loi, ainsi qu'à l'égard des accords (contrats) d'achat à long terme conclus dans le secteur polonais de l'électricité (ci-après dénommés «AAE»).
- (8) La décision de la Commission d'ouvrir la procédure formelle d'examen (ci-après dénommée «décision d'ouverture de la procédure») a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* <sup>(2)</sup>. La Commission y invitait les intéressés à présenter leurs observations sur les mesures en cause.
- (9) Par lettre du 16 décembre 2005, les autorités polonaises ont demandé que certaines des informations contenues dans la décision d'ouverture de la procédure ne soient pas divulguées à des tiers. La Commission a répondu à cette demande et, par lettre du 25 janvier 2006, a présenté sa version non confidentielle de la décision, qui a été acceptée par les autorités polonaises par courriel du 16 février 2006, enregistré le même jour.
- (10) Par lettre du 28 décembre 2005 enregistrée le 4 janvier 2006, les autorités polonaises ont, dans un premier temps, transmis à la Commission leurs observations concernant l'ouverture de la procédure à l'égard du projet de loi, montrant les mesures prises pour lever les doutes exprimés par la Commission. Dans un second temps, après avoir demandé une prolongation du délai, qui a été acceptée par la Commission le 12 janvier 2006, elles ont, par lettre du 23 janvier 2006 enregistrée le 26 janvier 2006, fait part de leurs observations concernant l'appréciation des AAE par la Commission.
- (11) En complément de la lettre du 23 décembre 2005, les autorités polonaises ont présenté, par lettre du 5 avril 2006 enregistrée le 6 avril 2006, des éclaircissements supplémentaires sur les changements qu'il était prévu d'apporter au projet de loi afin de le rendre compatible avec les règles applicables en matière d'aides d'État. Les annexes à cette lettre ont été transmises le 6 avril 2006 (lettre enregistrée le 10 avril 2006).
- (12) La Commission a reçu des observations de la part d'intéressés. Par lettre du 20 juin 2006, elle les a transmises aux autorités polonaises en leur donnant la possibilité de les commenter.
- (13) La décision d'ouverture de la procédure a été contestée par un des intéressés, qui a saisi le Tribunal de première instance le 12 mai 2006 (recours T-142/06).
- (14) Sur demande des autorités polonaises présentée le 7 juillet 2006 et enregistrée le 12 juillet 2006, une grande partie des observations ont été traduites en polonais et transmises aux autorités polonaises par lettre du 23 février 2007. En réponse, les autorités polonaises ont indiqué, par lettre du 12 mars 2007 enregistrée le même jour, que la traduction de la partie restante des observations n'était plus nécessaire.
- (15) Par lettre du 28 mars 2007 enregistrée le jour même par la Commission, les autorités polonaises ont commenté les observations présentées par les intéressés.
- (16) En réponse à une lettre des services de la Commission du 28 avril 2006, par lettre du 6 juin 2006 enregistrée le 8 juin 2006, les autorités polonaises ont fourni des informations complémentaires sur la mesure en cause. Par lettre du 13 juillet 2006 enregistrée le 17 juillet 2006, les autorités polonaises ont transmis une copie des AAE, ainsi que des annexes et avenants y afférents (au total, 609 documents), sur support papier.
- (17) Par lettre enregistrée le 4 mai 2006, les autorités polonaises ont demandé l'interprétation d'un des points de la communication de la Commission relative à la méthodologie d'analyse des aides d'État liées à des coûts échoués (ci-après dénommée «méthodologie des coûts échoués») <sup>(3)</sup>.
- (18) Par lettre du 27 septembre 2006, la Commission a communiqué aux autorités polonaises une liste de points revêtant une importance fondamentale à prendre en compte lors de l'élaboration du projet de loi.
- (19) Par lettres enregistrées les 17 août 2006 et 5 janvier 2007, par lettre du 28 mai 2007 et par courriel enregistré le 29 mai 2007 (version anglaise du projet de loi), les autorités polonaises ont transmis plusieurs versions du projet de loi, qui correspondaient à différents stades de la procédure législative polonaise.
- (20) Durant la procédure, la Pologne a fourni des informations complémentaires sur les mesures en cause, par lettres enregistrées les 31 janvier 2007 et 4 avril 2007, par courriels des 2, 4 et 7 et 11 mai 2007, et par lettre enregistrée le 6 juin 2007.
- (21) Par lettre du 3 avril 2007, la Commission s'est enquis auprès des autorités polonaises de l'état d'avancement des travaux législatifs concernant le projet de loi et des mesures prises par la Pologne à la suite des discussions antérieures menées avec les services de la Commission.
- (22) Par ailleurs, dans le cadre de la procédure d'examen, plusieurs réunions ont été organisées avec les autorités polonaises (5 avril 2006, 7 septembre 2006, 26 octobre 2006, 2 février 2007, 22 février 2007, 26 avril 2007, 2 mai 2007 et 14 mai 2007).

<sup>(2)</sup> Voir note 1 de bas de page.

<sup>(3)</sup> Communication présentée par la Commission le 26 juillet 2001.

(23) Par lettre du 9 juillet 2007, les autorités polonaises ont transmis la version finale de la loi sur la résiliation des AAE, qui a été adoptée par le Parlement polonais et est entrée en vigueur le 4 août 2007. Le 18 juillet 2007, la Pologne a adressé à la Commission une traduction de cette loi en anglais, ainsi que la liste des amendements apportés par le Sénat (chambre haute du Parlement), accompagnée d'une note explicative.

## 2. DESCRIPTION DE LA MESURE

### 2.1. Accords d'achat d'électricité à long terme (AAE)

(24) Au milieu des années 90, le gouvernement polonais a décidé de lancer un programme visant à moderniser le secteur polonais de l'électricité et à l'aligner sur les normes techniques et environnementales appliquées en Europe de l'Ouest.

(25) Pour mettre en œuvre ce programme, la Pologne a lancé une procédure d'appel d'offres visant à sélectionner des projets concernant des installations de production d'électricité nouvelles ou modernisées, qui se verraient proposer des accords d'achat d'électricité à long terme. La décision de recourir à un appel d'offres a été prise par le ministère de l'industrie et du commerce, mais la procédure elle-même a été menée, sous l'égide du ministère, par Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. (ci-après dénommé «PSE»), l'opérateur public polonais du réseau d'électricité, qui a procédé à l'adjudication.

(26) La documentation et le cahier des charges relatifs à l'appel d'offres ont été publiés en août et septembre 1994. Les documents fixaient trois objectifs aux projets: fournir une électricité bon marché, assurer un niveau raisonnable de sécurité d'approvisionnement et respecter des normes plus élevées en matière de protection de l'environnement ou de prévention de sa détérioration, en tenant compte des exigences d'intégration entre la Pologne et l'Europe de l'Ouest.

(27) Pour apprécier les offres, divers critères ont été appliqués, notamment l'efficacité du projet, le volume des dépenses, le respect de l'environnement, l'utilisation de technologies éprouvées et le recours à des sources d'énergie stables et sûres.

(28) La date-limite pour la présentation des offres était fixée au 5 janvier 1995. Quarante-quatre offres ont été reçues. Les moins intéressantes ont été rejetées. Des négociations directes ont été engagées avec les candidats restants et ont abouti à la conclusion d'AAE avec plusieurs sociétés ou groupes de sociétés.

(29) Les AAE ont été signés entre 1996 et 1998, à l'exception d'un des 7 accords conclus avec le groupe Południowy Koncern Energetyczny S.A. (ci-après dénommé «PKE»), qui a été signé le 12 avril 1995, et de l'accord conclu avec Elektrownia Turów, signé le 26 août 1994. Ce dernier n'est pas couvert par la décision d'ouverture de la procédure<sup>(4)</sup>. Pour cette raison, il n'est pas non plus concerné par la présente décision. Le tableau ci-dessous contient la liste des sociétés concernées.

Tableau 1

#### AE en Pologne

N°	Identité du bénéficiaire
1	BOT Górnictwo i Energetyka S.A.
2	Południowy Koncern Energetyczny S.A.
3	Elektrownia Kozienice S.A.
4	Zespół Elektrowni Dolna Odra S.A.
5	Zespół Elektrowni Pątnów-Adamów-Konin Pątnów II
6	Electrabel Połaniec S.A.
7	Elektrociepłownia Kraków S.A. <sup>(1)</sup> .
8	Dalkia Poznań Zespół Elektrociepłowni S.A.
9	Elektrociepłownia Rzeszów S.A.
10	Elektrociepłownia Nowa Sarzyna Sp. z o.o.
11	Elektrociepłownia Lublin Wrotków Sp. z o.o.
12	Elektrociepłownia Chorzów «ELCHO» S.A.
13	Żarnowiecka Elektrownia Gazowa Sp. z o.o.
14	Elektrociepłownia Zielona Góra S.A.

(<sup>1</sup>) Cet AAE n'a pas été signé à l'issue d'une procédure d'appel d'offres.

Source: décision d'ouverture de la procédure.

(30) La durée de validité des AAE varie de 7 à 20 ans à compter de la date de mise en service de la centrale électrique; dans la majorité des cas, elle est supérieure à 15 ans. Le dernier AAE expirera en 2027.

(<sup>4</sup>) À la lumière des dispositions de l'annexe IV de l'acte relatif aux conditions d'adhésion de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne (ci-après dénommé «acte d'adhésion»), qui fait partie intégrante du traité relatif à l'adhésion de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque à l'Union européenne (ci-après dénommé «traité d'adhésion»), (JO L 236 du 23.9.2003), les aides d'Etat accordées avant le 10 décembre 1994 sont considérées comme aide existante.

(31) Tous les AAE ont été conclus sur la base des mêmes principes fondamentaux:

- a) les producteurs s'engagent à créer de nouvelles capacités de production, à moderniser leurs équipements et à fournir à PSE une quantité d'électricité minimale fixe, produite à partir d'installations données;
- b) PSE s'engage à acquérir au moins la quantité minimale d'électricité convenue;
- c) le prix d'achat de l'électricité est fondé sur le principe de la répercussion des coûts sur le client. Les producteurs facturent à PSE un montant correspondant à l'ensemble de leurs coûts, tant fixes que variables, majoré d'une marge bénéficiaire.

Toutefois, compte tenu du fait que le contenu final des AAE est le résultat de négociations individuelles portant sur des projets distincts, ces accords ne sont pas complètement identiques et peuvent diverger sur des points de détail.

(32) Depuis leur signature, certains AAE ont été modifiés, parfois même à plusieurs reprises. Ces changements portaient sur certains éléments des accords; à chaque fois néanmoins, les principes énoncés ci-dessus ont été respectés.

## 2.2. **Projet de loi sur la résiliation des AAE (objet de la décision d'ouverture de la procédure)**

(33) Le projet de loi qui fait l'objet de la décision d'ouverture de la procédure prévoyait, pour les producteurs énumérés dans le tableau 1, la possibilité de résilier volontairement les AAE conclus avec PSE. Les producteurs recourant à cette mesure auraient eu droit à une compensation, aux conditions arrêtées dans le projet de loi.

(34) Les compensations peuvent couvrir la différence entre les coûts supportés par une société pour honorer un AAE et la part des recettes tirées de la vente d'électricité qui permet à la société de couvrir ces coûts. Cette différence est ci-après dénommée «différence à compenser». Les coûts comprennent également les dépenses directement liées à la résiliation des AAE, tels que les frais associés au remboursement anticipé d'un emprunt.

(35) Les compensations sont versées sous la forme d'un montant initial, suivi de corrections annuelles jusqu'en 2016 et d'une correction finale en 2016.

(36) Le montant initial correspond à la différence à compenser calculée pour la période comprise entre 2006 et 2025 (ou l'année au cours de laquelle un AAE donné devait initialement expirer, si cela intervient plus tôt) sur la base de prévisions concernant l'évolution des prix et des parts de marché sur cette période.

(37) Entre l'entrée en vigueur du projet de loi et 2014, la valeur de la différence à compenser sera recalculée annuellement sur la base des données économiques réelles et sera comparée à la valeur initialement calculée sur la base des prévisions. Si la valeur réelle diffère de celle prévue, une correction sera appliquée; celle-ci pourra être positive ou

négative, c'est-à-dire qu'elle pourra conduire à un versement complémentaire en faveur du bénéficiaire ou à l'obligation pour ce dernier de rembourser le trop-perçu éventuel. Pour des raisons pratiques, en particulier compte tenu du délai nécessaire à la collecte et au traitement de l'ensemble des données, les corrections seront en fait calculées deux années civiles après l'année auxquelles les données économiques se réfèrent.

(38) En 2016, de nouvelles prévisions concernant l'évolution des prix et des parts de marché seront établies pour la période comprise entre 2015 et 2025, ou l'année au cours de laquelle un AAE donné devait initialement expirer, si cela intervient plus tôt (ci-après dénommée «période restante»). La valeur de la différence à compenser pour la période restante définie sur la base de ces prévisions sera comparée à la valeur calculée sur la base des prévisions initiales. S'il apparaît que ces valeurs diffèrent, il sera procédé à une dernière correction couvrant l'ensemble de la période restante. Comme lors des corrections antérieures, la dernière correction pourra être positive ou négative, c'est-à-dire qu'elle pourra conduire à un versement complémentaire en faveur du bénéficiaire ou à l'obligation pour ce dernier de rembourser le trop-perçu éventuel.

(39) L'ensemble des compensations versées, corrections incluses, ne doit pas dépasser un montant maximal, indiqué ci-après. Ce montant est fixé pour chaque société ou, quand des sociétés appartiennent à un seul et même groupe, pour le groupe <sup>(5)</sup>:

Tableau 2

### Compensations maximales prévues dans la version du projet de loi examinée dans la décision d'ouverture de la procédure

(en milliers PLN)

	Nom du bénéficiaire	Compensations maximales
1	BOT Górnictwo i Energetyka S.A.	7 554 899
2	Południowy Koncern Energetyczny S.A.	5 085 101
3	Elektrownia Kozienice S.A.,	1 610 729
4	Zespół Elektrowni Dolna Odra S.A.	1 106 014
5	Zespół Elektrowni Pątnów-Adamów-Konin Pątnów II	2 173 335
6	Electrabel Połaniec S.A.	1 204 454
7	Elektrociepłownia Kraków S.A.	84 656
8	Dalkia Poznań Zespół Elektrociepłowni S.A.	132 773

<sup>(5)</sup> Note: ce tableau est fondé sur les informations communiquées par les autorités polonaises dans l'annexe 1 de leur lettre du 2 juin 2005, qui contient plus d'informations que la notification initiale du projet de loi.

(en milliers PLN)

	Nom du bénéficiaire	Compensations maximales
9	Elektrociepłownia Rzeszów S.A.	302 684
10	Elektrociepłownia Nowa Sarzyna Sp. z o.o.	641 453
11	Elektrociepłownia Lublin Wrotków Sp. z o.o.	508 176
12	Elektrociepłownia Chorzów «ELCHO» S.A.	1 338 272
13	Żarnowiecka Elektrownia Gazowa Sp. z o.o.	1 013 081
14	Elektrociepłownia Zielona Góra S.A.	540 323
	Total	22 755 627

Source: décision d'ouverture de la procédure.

- (40) Ce montant maximal est égal à la différence à compenser calculée pour la période 2006-2025 en partant de l'hypothèse que les prix sur le marché de l'électricité augmenteront, progressivement mais lentement, et passeront d'un niveau même inférieur à ce qu'il est actuellement à un niveau équivalent à celui observé en Europe de l'Ouest. Dans un tel scénario, les prix moyens de l'électricité s'élèveraient au départ (2006) à environ 22 EUR/MWh; ils augmenteraient lentement jusqu'à 30 EUR/MWh en 2015; s'ensuivrait ensuite une hausse plus marquée qui les porterait à 40 EUR/MWh en 2018, après quoi ils se stabiliseraient à ce niveau, en fluctuant plus ou moins, jusqu'à la fin de la période de référence en 2025.
- (41) Les compensations seront versées par PSE ou une filiale entièrement contrôlée par l'État et seront financées par l'introduction d'une taxe prélevée sur les clients, proportionnelle à la puissance contractuelle de leur raccordement au réseau électrique. Pour pouvoir financer le montant initial, qui sera considérable, PSE et/ou sa filiale procéderont à la titrisation des montants dus au titre de la taxe.

### 3. JUSTIFICATION DE L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE

- (42) Pour apprécier le projet de loi notifié, la Commission a examiné, dans sa décision d'ouverture de la procédure, les éléments d'aide d'État présents dans les AAE et ceux présents dans les compensations versées en cas de résiliation des AAE. Ainsi qu'il est expliqué au point 3 de la décision d'ouverture de la procédure, ces deux mesures étaient étroitement liées.
- (43) Les doutes exprimés dans la décision d'ouverture de la procédure sont résumés aux points 3.1 et 3.2 ci-après. Pour une appréciation plus précise, la Commission renvoie au point 3 de la décision d'ouverture de la procédure.

### 3.1. Accords d'achat d'électricité à long terme

- (44) Dans son analyse préliminaire, la Commission a considéré que les AAE assuraient aux producteurs sélectionnés, parties à ces accords, une position privilégiée par rapport à leurs concurrents, susceptible de créer une distorsion de concurrence et d'affecter le cours des échanges entre les États membres.
- (45) La Commission a estimé que les AAE ne constituaient pas une aide existante car, au vu des dispositions du traité d'adhésion, aucun de ces accords ne relève d'une des trois catégories d'aide qui, après la date d'adhésion, sont considérées comme une aide existante au sens de l'article 88, paragraphe 1, du traité CE <sup>(6)</sup>.
- (46) En particulier, premièrement, aucun des AAE (à l'exception de celui conclu avec Elektrociepłownia Turów) n'est entré en vigueur avant le 10 décembre 1994. Deuxièmement, les AAE n'ont pas été notifiés à la Commission dans le cadre de la procédure dite intérimaire, et troisièmement, aucun ne figure dans la liste des aides existantes annexée au traité d'adhésion.
- (47) La Commission a considéré que, puisque les AAE ne lui ont pas été notifiés conformément à l'article 88, paragraphe 3, du traité CE, ils constituent une aide illégale, au sens de l'article 1<sup>er</sup>, point f), du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE <sup>(7)</sup>.
- (48) La Commission a estimé que les dispositions des AAE plaçaient les producteurs d'électricité ayant conclu de tels accords dans une situation économique avantageuse par rapport aux producteurs d'électricité non concernés par les AAE et à d'autres secteurs d'activité comparables où aucun accord à long terme n'a été proposé aux acteurs du marché. Ainsi, il est provisoirement conclu que la mesure en cause confère un avantage sélectif aux producteurs concernés.
- (49) La Commission a également souligné que les marchés de l'électricité se sont ouverts à la concurrence et que l'électricité fait l'objet d'échanges commerciaux entre États membres au moins depuis l'entrée en vigueur de la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité <sup>(8)</sup>. Les mesures favorisant des entreprises du secteur de l'énergie dans un État membre sont dès lors considérées comme susceptibles de porter atteinte à la capacité qu'ont les entreprises d'autres États membres à exporter de l'électricité vers celui-ci, ou de favoriser les exportations d'électricité vers ces derniers.
- (50) La Commission a également estimé que cet avantage était accordé au moyen de ressources d'État, attendu que la signature des AAE constituait une décision découlant de la

<sup>(6)</sup> Point 3.1 (i) de la décision d'ouverture de la procédure.

<sup>(7)</sup> JO L 83 du 27.3.1999, p. 1.

<sup>(8)</sup> JO L 27 du 30.1.1997, p. 20.

politique publique mise en œuvre par l'opérateur du réseau électrique PSE, entièrement détenu par le Trésor public polonais. Conformément à la jurisprudence établie par la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après dénommée «CJCE»), lorsqu'une entreprise appartenant au Trésor public utilise ses moyens d'une manière qui laisse supposer qu'il s'agit d'une action de l'État, il convient de considérer ces moyens comme des ressources d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE <sup>(9)</sup>.

- (51) La Commission a donc conclu que les AAE étaient présumés constituer une aide d'État, au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE, en faveur des producteurs d'électricité.
- (52) La Commission a également constaté que, pour analyser l'aide d'État reçue par les producteurs, il convenait de recourir à la méthodologie des coûts échoués. Sur la base des documents alors en sa possession, la Commission doutait de la compatibilité des AAE avec les critères énoncés dans cette méthodologie.
- (53) Premièrement, la Commission doutait que les principes mêmes d'un accord d'achat d'électricité à long terme, qui excluent une grande partie du marché, puissent être considérés comme compatibles avec les objectifs essentiels de la méthodologie des coûts échoués, à savoir accélérer la libéralisation du secteur par l'octroi d'une compensation adéquate aux opérateurs historiques confrontés à une concurrence déloyale.
- (54) Deuxièmement, la Commission doutait que l'élément d'aide contenu dans les AAE réponde aux critères spécifiques de la méthodologie des coûts échoués en ce qui concerne la détermination des coûts éligibles et l'octroi d'une compensation adéquate.

### 3.2. Compensation en cas de résiliation d'un AAE

- (55) Dans la décision d'ouverture de la procédure, la Commission s'est basée sur le même raisonnement que celui exposé ci-dessus pour déterminer si les AAE contenaient des éléments d'aide, et elle a conclu provisoirement que ces éléments étaient également présents dans les compensations accordées en cas de résiliation des AAE <sup>(10)</sup>.
- (56) La Commission a ensuite analysé la compatibilité de l'aide d'État contenue dans les compensations avec les critères énoncés dans la méthodologie des coûts échoués.
- (57) La Commission doutait que les compensations soient compatibles avec les critères spécifiques de la méthodologie des coûts échoués en ce qui concerne la détermination des coûts éligibles et l'octroi d'une compensation adéquate.

<sup>(9)</sup> Jurisprudence constante, arrêt de la CJCE du 16 mai 2002 dans l'affaire C-482/1999.

<sup>(10)</sup> Point 3.1 (ii) de la décision d'ouverture de la procédure.

## 4. OBSERVATIONS DES INTÉRESSÉS

- (58) Après la publication de la décision d'ouverture de la procédure et dans le délai prévu dans cette décision ou, dans certains cas, après prolongation de ce délai sur demande des intéressés, la Commission a reçu des observations de la part:
- des producteurs d'électricité suivants: Elektrociepłownia Rzeszów S.A. (ci-après dénommé «Elektrociepłownia Rzeszów»), Electrabel SA et Electrabel Połaniec S.A. (ci-après conjointement dénommés «Electrabel»), Zespół Elektrowni Pątnów — Adamów — Konin S.A. et Elektrownia Pątnów II Sp. z o.o. (ci-après conjointement dénommés «PAK»), BOT Górnictwo i Energetyka S.A., BOT Elektrownia Opole S.A. et BOT Elektrownia Turów (ci-après conjointement dénommés «BOT»), Elektrociepłownia Chorzów «ELCHO» Sp. z o.o. Elektrociepłownia Kraków S.A. (ci-après dénommé «ECK»), Elektrociepłownia Zielona Góra S.A. (ci-après dénommé «ECZG») et Elektrociepłownia Nowa Sarzyna Sp. z o.o. (ci-après dénommé «ENS»);
  - des institutions bancaires suivantes, qui assurent le financement des producteurs d'électricité: Dresdner Bank AG London Branch, Bank Pekao S.A., WestLB AG London Branch <sup>(11)</sup> et WestLB AG (ci-après conjointement dénommées «les banques»);
  - de PSE.
- (59) Les observations communiquées à la Commission par les parties sont très semblables, parfois même identiques. Pour cette raison, au lieu de détailler séparément les observations de chaque intéressé, la Commission les a classées en plusieurs grandes catégories.

### 4.1. Observations concernant les AAE

#### Applicabilité après l'adhésion <sup>(12)</sup>

- (60) Les intéressés font valoir que les AAE ne doivent pas être considérés comme «toujours applicables après [l'adhésion]», au sens du point 3, paragraphe 1, point c), de l'annexe IV de l'acte d'adhésion <sup>(13)</sup>.
- (61) Les intéressés font valoir que des mesures inscrites dans le droit avant l'adhésion à l'Union européenne ne doivent pas être examinées par la Commission après l'adhésion. Ce point de vue est conforme au principe général de non-

<sup>(11)</sup> À l'occasion d'une demande de rencontre des services de la Commission, West LB AG London Branch a aussi présenté certaines observations complémentaires, par lettre du 27 décembre 2006 (voir aussi la note 38 de bas de page ci-après) concernant le projet de loi sur la résiliation des AAE adopté par le Conseil des ministres polonais en décembre 2006. Une réunion avec des représentants de West LB AG London Branch et des membres de la représentation permanente de la République de Pologne auprès de l'Union européenne s'est tenue le 14 mars 2007.

<sup>(12)</sup> Observation présentée par BOT, ENS, ECZG, ECK, ELCHO et PAK.

<sup>(13)</sup> Voir la note 3 de bas de page.

rétroactivité du droit. Les règles communautaires en matière d'aides d'État ne devraient s'appliquer qu'à compter de la date d'adhésion à l'Union européenne.

- (62) Les intéressés invoquent des décisions antérieures de la Commission <sup>(14)</sup>, dans lesquelles celle-ci a constaté que des régimes d'aides semblables, selon eux, aux AAE ne s'appliquaient pas après l'adhésion.
- (63) Pour eux, toute aide éventuelle dans le cadre d'un AAE aurait été entièrement accordée avant l'adhésion. Les versements annuels seraient encore effectués, mais ils ne devraient pas être considérés comme une aide nouvelle.
- (64) Les AAE définissaient la quantité fixe d'électricité que PSE devait acheter, de même que le prix d'achat sur une période donnée. Au moins dans certains cas, les prix ont été calculés de telle sorte qu'ils ne puissent pas dépasser un niveau préalablement convenu entre les parties ou qu'ils fluctuent dans une limite raisonnable par rapport aux prix réels du marché, qui représentent le point de référence le plus objectif possible. En outre, les prix réels étaient parfois même inférieurs, en particulier en raison du fait que l'autorité de régulation polonaise exerçait un contrôle indirect sur eux. En conséquence, le niveau d'intervention maximal de l'État était lui aussi précisément défini dans les AAE et ce, avant même l'adhésion.

#### Aide existante <sup>(15)</sup>

- (65) Les intéressés font valoir que, même en supposant que les AAE constituent une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE, cette aide doit être considérée comme une aide existante au sens de l'article 1<sup>er</sup>, point b), du règlement (CE) n° 659/1999.
- (66) Les intéressés font remarquer qu'on ne peut s'en remettre uniquement aux dispositions de l'annexe IV de l'acte d'adhésion pour déterminer si une aide accordée avant l'adhésion et toujours applicable après doit être considérée comme une «aide nouvelle» ou comme une «aide existante». D'après eux, si cette aide ne satisfait pas aux exigences permettant de la qualifier d'aide existante au sens de l'annexe IV de l'acte d'adhésion, il faut encore l'examiner à la lumière des dispositions de l'article 1<sup>er</sup>, points b) ii) à v), du règlement (CE) n° 659/1999.
- (67) Les intéressés avancent que les dispositions de l'article 1<sup>er</sup>, point b) v), du règlement (CE) n° 659/1999 s'appliquent aux AAE et que ceux-ci constituent donc une «aide existante».
- (68) Les intéressés affirment ensuite que la dernière phrase de l'article 1<sup>er</sup>, point b) v), du règlement (CE) n° 659/1999 ne s'applique pas aux AAE pour trois raisons.

- (69) Premièrement, dans l'arrêt *Alzetta Mauro* <sup>(16)</sup>, la CJCE a constaté qu'il convenait de considérer une aide qui avait été accordée sur un marché donné initialement fermé à la concurrence avant sa libéralisation comme une aide existante à partir de la date de libéralisation. D'après les intéressés, cet arrêt est fondé sur une interprétation directe de l'article 88, paragraphe 1, du traité CE et, de ce fait, selon l'ordre juridique, il prévaut sur les dispositions du règlement (CE) n° 659/1999.
- (70) Deuxièmement, en tout état de cause, le règlement (CE) n° 659/1999 n'étant pas encore en vigueur au moment de la libéralisation du marché de l'électricité, qui s'est effectuée sur la base de la directive 96/92/CE, ni à la conclusion des AAE, les règles applicables étaient celles énoncées dans l'arrêt *Alzetta Mauro*, et non pas les dispositions du règlement (CE) n° 659/1999.
- (71) Troisièmement, une comparaison entre les définitions des différentes catégories énoncées à l'article 1<sup>er</sup>, point b), du règlement (CE) n° 659/1999 conduit à la conclusion que l'article 1<sup>er</sup>, point b) v), ne concerne que les régimes d'aide, car les aides individuelles n'y sont pas clairement mentionnées.
- (72) Les intéressés font aussi valoir, à l'appui de l'argument ci-dessus, que les AAE étaient des accords de droit privé, et non pas des mesures publiques. Pour les intéressés, considérer qu'un accord conclu légalement et valablement avant l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne et avant la libéralisation devient illégal après l'adhésion serait un effet pervers de l'adhésion. Les intéressés font remarquer que ce serait une interprétation élargie et rétroactive des règles du traité CE concernant les aides d'État, incompatible avec les principes internationalement reconnus de sécurité juridique et de confiance légitime.

#### Possibilité d'imputer les mesures à l'État

- (73) Les observations qui suivent ont été formulées par les banques.
- (74) Les banques font valoir qu'il convient d'imputer les mesures non pas à l'État mais à PSE. Compte tenu de l'état du secteur de l'électricité en Pologne au moment de la signature des AAE, PSE n'avait pas d'autre possibilité que de conclure des contrats à long terme. La situation aurait été la même si PSE avait été un opérateur privé sur le marché. Il convient donc de considérer qu'il était dans l'intérêt commun de l'État et des parties de signer les AAE et qu'il ne s'agit pas d'une situation dans laquelle l'État a imposé une décision politique à PSE.

<sup>(14)</sup> Décisions de la Commission CZ 52/2003 (*Universal Banka*), CZ 58/2003 (*Evrobanka*), CZ 46/2003 (*Investicni a postovni banka*).

<sup>(15)</sup> Observation présentée par ECZG, ECK et les banques.

<sup>(16)</sup> Arrêt du 15 juin 2000 dans les affaires jointes T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 à T-607/97, T-1/98, T-3/98 à T-6/98 et T-23/98.

Avantage économique <sup>(17)</sup>

- (75) La plupart des intéressés font valoir que les AAE ne confèrent aucun avantage économique.
- (76) Les intéressés contestent la conclusion provisoire de la Commission, selon laquelle les prix fixés dans les AAE sont supérieurs à ceux pratiqués sur le marché de gros. Ils prétendent que la Commission n'a pas précisé, dans sa décision d'ouverture de la procédure, quel marché et quels prix étaient visés par la décision. En particulier, la Bourse polonaise de l'énergie n'a été ouverte qu'en décembre 1999, alors que de nombreux AAE avaient déjà été signés. D'après les intéressés, à cette époque, toutes les capacités de transport entre la Pologne et d'autres pays étaient utilisées. La Commission s'est basée, à tort, sur le prix pratiqué en Grèce en 2003, c'est-à-dire à une époque et dans un contexte géographique complètement différents.
- (77) L'électricité vendue dans le cadre d'AAE ne peut être comparée à celle vendue en dehors de ces contrats, même en Pologne. Dans le premier cas, elle est produite dans le respect de normes environnementales modernes, tandis que dans le second cas, elle provient d'installations moins respectueuses de l'environnement, qui «se débarrassent» <sup>(18)</sup> des capacités excédentaires à des coûts marginaux, par divers mécanismes dont aucun ne garantit des prix couvrant les coûts aussi bien fixes que variables. Les producteurs opérant en dehors des AAE étaient eux aussi subventionnés, sans pour autant être tenus de moderniser leurs équipements, ce qui était exigé des producteurs concernés par les AAE. En tout état de cause, ils n'étaient pas en mesure de produire suffisamment d'électricité pour couvrir l'ensemble des besoins en Pologne, surtout en 1997-1998.
- (78) De l'avis des intéressés, les AAE doivent être examinés en tenant compte de la situation au moment de leur conclusion, c'est-à-dire un système de production d'électricité centralisé et réglementé opérant pour un seul client, et non pas un système libéralisé doté d'un marché de gros.
- (79) Les AAE étaient la seule manière de garantir la réalisation d'investissements répondant aux besoins du secteur de l'électricité en Pologne (en particulier la modernisation de l'ensemble du système, la protection de l'environnement et la sécurité d'approvisionnement). Les banques ont demandé que les AAE servent de garantie pour les crédits qu'elles accordaient. Lors de l'application du critère de l'investisseur privé, il convient de tenir compte de ces exigences; seuls les AAE permettaient d'y répondre. Les intéressés font remarquer que les AAE imposent aux producteurs des obligations en matière d'investissement et d'accessibilité.
- (80) Les intéressés expliquent également que la conduite de PSE au moment de la conclusion des AAE ne doit pas être analysée en examinant si elle permettait des bénéfices à court terme, mais plutôt si elle assurait la rentabilité des investissements à long terme et, du point de vue de l'opérateur de réseau, si elle garantissait la sécurité d'approvisionnement et le respect d'obligations générales de service public. Les intéressés indiquent que les AAE ont été conclus transparentes et ouvertes, menée de manière non discriminatoire et conduisant à l'obtention de prix aussi bas que possible. De l'avis des intéressés, il ressort d'un arrêt rendu par la CJCE <sup>(19)</sup> que cela suffit pour exclure l'octroi d'un avantage économique. Avant le lancement de l'appel d'offres pour la conclusion des AAE, une analyse des coûts les plus bas a été effectuée dans le but d'établir une liste de priorités d'investissement dans le secteur.
- (81) Les intéressés font également valoir que, PSE opérant dans un système de production d'électricité réglementé, il n'est pas possible de comparer sa conduite avec celle de sociétés opérant dans des conditions normales de marché. Dans un tel cas de figure, la conduite de PSE doit être appréciée sur la base d'éléments objectifs et vérifiables, à savoir, de l'avis des intéressés, les coûts supportés par les producteurs <sup>(20)</sup>. La conduite de PSE satisfait au critère de l'investisseur privé car les AAE prévoient la prise en charge des seuls coûts fixes et coûts variables, ainsi qu'une marge bénéficiaire raisonnable.
- (82) La conclusion d'accords à long terme, tels que les AAE, serait une pratique généralement acceptée de la part des opérateurs dans ce secteur. Ce serait une manière normale de partager le risque entre le producteur et l'acheteur. La longue durée des accords ne doit pas être interprétée comme un avantage en soi. Les intéressés fournissent quelques exemples: l'accord entre Électricité de France et Pechiney en France, les deux accords entre Redes Energéticas Nacionais et Turbogás et entre Electricidade De Portugal et Pego au Portugal et des accords conclus par Northern Ireland Electricity au Royaume-Uni. Les intéressés invoquent aussi l'accord «IASB», mais la référence de ce document s'est révélée inexacte et la Commission n'est pas parvenue à l'identifier <sup>(21)</sup>. Les intéressés soutiennent que la Commission n'a pas émis de réserve en ce qui concerne la durée de validité de ces accords, bien qu'elle porte sur au moins 15 ans. Ils assurent que les accords à long terme sont aussi une pratique courante aux États-Unis, mais ils ne fournissent aucun exemple concret à l'appui de leur affirmation.

<sup>(19)</sup> Arrêt rendu dans les affaires jointes T-116/01 et T-118/01, P&O European Ferries, point 118.

<sup>(20)</sup> Arrêt rendu dans les affaires jointes C-83/01 P, C-93/01 P et C-94/01 P, Chronopost et autres/Ufex et autres, points 38 et 39.

<sup>(21)</sup> Les autorités polonaises n'ont pas maintenu cet argument dans leurs observations.

<sup>(17)</sup> Observation présentée par BOT, ENS, ECZG, ECK, ELCHO, Rzeszów, les banques, PAK, Electrabel et PSE.

<sup>(18)</sup> Formulation utilisée par les intéressés.

- (83) Les intéressés font aussi valoir que les AAE ne garantissent pas un retour sur investissement. En effet, PSE et les autorités de régulation conservaient des moyens juridiques permettant de limiter celui-ci. En particulier, les autorités peuvent vérifier les prix et refuser d'acquiescer des frais exorbitants ou non justifiés. PSE n'a pas toujours exploité pleinement les capacités de production des centrales électriques et a tenu compte, lors du calcul du prix de l'électricité dans les contrats, des avantages découlant de l'amélioration de l'efficacité énergétique. Les producteurs supportent aussi de nombreux risques liés aux installations, tels que ceux associés au financement, à la construction, à l'exploitation et à l'entretien.
- (84) Dès lors que les AAE ne conférerait aucun avantage économique, ils ne constitueraient pas une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE.
- (85) Les intéressés qui sont des entités privées indiquent également que, même si les AAE conféraient certains avantages économiques, la valeur de ceux-ci se refléterait dans le prix de vente des installations de production électrique lors de la privatisation de celles-ci. Les AAE étaient nécessaires pour procéder à la privatisation, dans la mesure où ils faisaient partie des conditions essentielles dans les accords de privatisation des installations en question. Les intéressés assurent qu'à la lumière des arrêts rendus par la CJCE dans les affaires *Banks et Falck* <sup>(22)</sup>, il convient de considérer que les conditions susmentionnées excluent toute possibilité que les AAE aient pu contenir des éléments constituant des avantages économiques.

#### Services d'intérêt économique général <sup>(23)</sup>

- (86) Les intéressés indiquent que les producteurs parties aux AAE assurent des services d'intérêt économique général (ci-après dénommés «SIEG»).
- (87) Une aide d'État éventuelle dans le cadre des AAE remplit les quatre critères cumulatifs énoncés par la CJCE dans l'arrêt *Altmark* <sup>(24)</sup>.
- (88) Premièrement, les producteurs parties aux AAE sont chargés d'assurer des SIEG. C'est ce qui découle de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la loi polonaise sur l'énergie de 1997, qui dispose que l'État doit garantir un approvisionnement énergétique permanent et ininterrompu aux consommateurs finaux, d'une manière justifiée d'un point de vue technique et économique et en tenant compte des exigences de protection de l'environnement. Les intéressés associent également les obligations de diversification de l'approvisionnement énergétique et de réduction des émissions d'oxyde d'azote à proximité des zones urbaines aux SIEG qu'ils sont tenus d'assurer. Les États membres disposent d'une grande liberté pour définir quels services relèvent des SIEG. Plus précisément, la directive 96/92/CE permet de considérer l'obligation de garantir la

sécurité d'approvisionnement comme un SIEG, ce que confirme la pratique décisionnelle de la Commission. De même, la protection de l'environnement, notamment l'amélioration de l'efficacité énergétique et la lutte contre le changement climatique, est considérée comme un SIEG par la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE <sup>(25)</sup>. Les AAE seraient ainsi un instrument juridique utilisé par l'État pour charger les producteurs d'assurer les SIEG susmentionnés, ce qui trouve confirmation dans les critères utilisés pour l'appréciation des offres.

- (89) Deuxièmement, les termes des AAE, y compris leurs annexes, définissent dès le début les modalités précises des compensations accordées pour les coûts des SIEG. Il s'agit là d'un élément de négociation des AAE. Certains AAE ont été modifiés à plusieurs reprises, même après l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne, mais cela n'a pas eu d'incidence significative sur les conditions et le montant des compensations.
- (90) Troisièmement, les compensations versées sur la base des AAE ne dépassent pas les coûts occasionnés par la prestation de ces services. Les AAE couvrent uniquement les coûts liés à la production de l'électricité achetée (dont, par exemple, les coûts de construction, les coûts du capital, les coûts fixes et variables liés à l'exploitation et à l'entretien, les frais généraux) ainsi qu'une marge bénéficiaire raisonnable.
- (91) Quatrièmement, la prestation de SIEG a été confiée à des sociétés sélectionnées à l'issue d'un appel d'offres ouvert, non discriminatoire et conforme aux principes de la concurrence portant sur la conclusion d'AAE.
- (92) À la lumière des observations qui précèdent, les intéressés affirment que les AAE remplissent les quatre critères cumulatifs énoncés dans l'arrêt *Altmark*, et qu'il convient donc de considérer qu'ils ne constituent pas une aide au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE.
- (93) En outre, les intéressés avancent que, même s'il était considéré que les AAE ne remplissent pas les critères cumulatifs énoncés dans l'arrêt *Altmark*, on pourrait quand même les considérer comme compatibles avec le marché commun, sur la base des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE.
- (94) Ainsi qu'il a déjà été exposé au considérant 88, les AAE chargent les producteurs de l'exécution de SIEG dont la nature est définie dans la législation polonaise. En outre, les AAE doivent être considérés comme nécessaires pour garantir la prestation de ces SIEG; sans eux, il n'aurait pas été possible de trouver des sources de financement

<sup>(22)</sup> Affaire C-390/98 — *H.J. Banks & Co. Ltd* et affaires jointes C-74/00 P et C-75/00 P — *Falck*.

<sup>(23)</sup> Observation présentée par BOT, ENS, ECZG, ECK, ELCHO, PAK et PSE.

<sup>(24)</sup> Arrêt du 24 juillet 2003 dans l'affaire C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*.

<sup>(25)</sup> JO L 176 du 15.7.2003, p. 37.

équivalentes pour développer les installations de production d'électricité. L'aide fournie dans le cadre des AAE est proportionnelle à l'objectif visé (la prestation de SIEG), les accords ne prévoyant que la prise en charge de l'ensemble des coûts de production de l'électricité et une marge bénéficiaire raisonnable. Pour résumer, étant donné la quantité très limitée des liaisons entre le réseau électrique polonais et d'autres réseaux électriques dans l'Union européenne, cette aide ne peut pas affecter le développement des échanges entre les États membres dans une mesure contraire à l'intérêt commun.

#### Sélectivité <sup>(26)</sup>

- (95) Les intéressés estiment que le système des AAE ne contient pas d'élément de sélectivité.
- (96) Selon eux, on ne peut pas automatiquement supposer qu'une mesure qui favorise un seul secteur de l'économie est sélective. Les intéressés font valoir que la Commission doit toujours définir le marché géographique et le marché de produits en cause. Ensuite, elle doit définir quels sont les concurrents des bénéficiaires de la mesure sur ce marché avant de pouvoir porter un jugement sur la sélectivité de la mesure. En l'espèce, l'appel d'offres en vue de sélectionner les parties aux AAE était ouvert, transparent et non discriminatoire, ce qui signifie qu'il ne contient pas d'élément de sélectivité.
- (97) Les intéressés font valoir également que des mesures caractéristiques d'un secteur peuvent ne pas avoir un caractère sélectif si elles résultent uniquement des forces du marché. Les mesures examinées par la CJCE dans l'affaire Van der Kooy <sup>(27)</sup> en sont un exemple typique.
- (98) Les intéressés rappellent aussi que ce n'est pas l'État, mais PSE, qui a pris la décision de conclure les AAE. Le critère de sélectivité doit être remplacé par le critère de l'investisseur privé.

#### Distorsion de concurrence et incidence sur les échanges entre États membres <sup>(28)</sup>

- (99) Les intéressés avancent que la Commission aurait dû examiner si, au moment de leur conclusion, les AAE ont provoqué une distorsion de concurrence ou s'ils ont affecté les échanges entre États membres.
- (100) Les AAE ont été signés à une époque où il n'y avait pas de concurrence sur le marché polonais de l'électricité. La directive 96/92/CE ne s'appliquait alors pas à la Pologne. La Pologne en était à un stade très peu avancé de la négociation de son adhésion à l'Union européenne (la date finale de l'adhésion n'avait même pas encore été fixée). À

cette époque, les prix étaient totalement réglementés, y compris ceux des producteurs d'électricité non concernés par les AAE. De ce fait, il n'était pas possible de considérer à l'époque que les AAE créaient une distorsion de concurrence.

- (101) Les intéressés affirment aussi qu'à l'époque de la signature des AAE, la Pologne n'était pas membre de l'Union européenne. Qui plus est, les capacités d'interconnexion entre la Pologne et ses voisins étaient limitées et l'électricité produite sous couvert des AAE était plus chère que celle produite en dehors de ces accords. Ainsi, il n'est pas possible de considérer qu'au moment de leur conclusion, les AAE ont eu une incidence sur les échanges entre États membres.

#### Compatibilité de l'aide au sens de l'article 87, paragraphe 3, point a), du traité CE <sup>(29)</sup>

- (102) Les intéressés font valoir que si les AAE constituaient une aide d'État, ils pourraient être considérés comme compatibles avec le marché commun en vertu des dispositions de l'article 87, paragraphe 3, point a), du traité CE.
- (103) Les intéressés font valoir que les AAE ne peuvent pas être considérés comme une aide au fonctionnement. Les aides au fonctionnement (à la différence des aides à l'investissement) sont des «aides qui visent à libérer une entreprise des coûts qu'elle-même aurait dû normalement supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales». Les versements effectués sur la base des AAE ne peuvent être considérés comme une aide de ce type. Ils constituent le prix payé pour des marchandises ou des services fournis en vertu d'un accord commercial. Par ailleurs, les AAE sont destinés à permettre la réalisation d'un projet d'investissement, ce qui montre qu'ils constituent une mesure d'investissement (et non de fonctionnement).
- (104) Les intéressés font également observer que la Commission devrait considérer l'existence de circonstances exceptionnelles susceptibles de conduire à autoriser l'octroi d'aides au fonctionnement en l'espèce. La situation dans laquelle se trouvait le secteur de l'électricité en Pologne dans les années 1990 doit être prise en compte. La Pologne peut incontestablement être assimilée à une des régions visées à l'article 87, paragraphe 3, point a), du traité CE. Certaines des installations de production concernées se trouvaient dans des régions dans lesquelles leur fermeture aurait eu des conséquences sociales considérables. Les AAE visaient à stimuler le développement du secteur de l'électricité en Pologne, mais aussi de l'économie dans son ensemble, étant donné l'importance de ce secteur.

<sup>(26)</sup> Observation présentée par BOT, ENS, ECZG, ELCHO et les banques.

<sup>(27)</sup> Arrêt du 2 février 1998 dans les affaires jointes 67, 68 et 70/85.

<sup>(28)</sup> Observation présentée par BOT, ENS, ECK, ELCHO, les banques et PAK.

<sup>(29)</sup> Observation présentée par BOT, ENS, ELCHO et PAK.

Compatibilité de l'aide au sens de l'article 87, paragraphe 3, point b), du traité CE <sup>(30)</sup>

(105) Les intéressés font valoir que, si les AAE étaient une aide d'État, ils pourraient être considérés comme compatibles avec le marché commun en vertu des dispositions de l'article 87, paragraphe 3, point b), du traité CE.

(106) Selon eux, la situation du secteur polonais de l'électricité au moment de la signature des AAE entraînait des perturbations graves dans l'économie polonaise que les AAE devaient permettre d'éliminer.

Compatibilité de l'aide au sens de l'article 87, paragraphe 3, point c), du traité CE <sup>(31)</sup>

(107) Les intéressés font valoir que, si les AAE étaient une aide d'État, ils pourraient être considérés comme compatibles avec le marché commun en vertu des dispositions de l'article 87, paragraphe 3, point c), du traité CE.

(108) Dans ce contexte, ils estiment que les AAE ne doivent pas être examinés conformément à la méthodologie des coûts échoués, car ils ne visaient pas à compenser ce type de coûts. Les AAE doivent plutôt être analysés directement à la lumière des dispositions de l'article 87, paragraphe 3, point c).

(109) Les intéressés avancent que les AAE devaient faciliter le développement du secteur polonais de l'électricité en encourageant les investissements étrangers dans des centrales électriques modernes et respectueuses de l'environnement. Les AAE devaient ainsi servir à «faciliter le développement de certaines activités économiques».

(110) Les intéressés avancent également que les AAE n'avaient qu'une faible influence sur les échanges d'électricité entre États membres. Pour des raisons techniques, les connexions entre la Pologne et d'autres pays étaient limitées. Le transport se heurtait à des obstacles techniques et les possibilités d'exportation étaient déjà entièrement exploitées; on ne peut donc pas dire que les AAE ont introduit des restrictions sur ce point. D'après les intéressés, dans son rapport initial sur le marché de l'énergie <sup>(32)</sup>, la Commission n'a pas identifié les AAE comme des obstacles à l'intégration des marchés européens de l'énergie. Les intéressés affirment donc que les AAE «n'ont pas altéré les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun».

(111) Les intéressés font aussi valoir que les AAE auraient dû être analysés à la lumière de l'encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement <sup>(33)</sup>, étant donné qu'ils devaient en particulier amener les producteurs d'électricité à respecter les exigences de la directive 2001/80/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2001 relative à la limitation des émissions de certains polluants dans l'atmosphère en provenance des grandes installations de combustion <sup>(34)</sup>.

Examen des AAE dans le cadre de la procédure transitoire visée dans le traité d'adhésion <sup>(35)</sup>

(112) Les intéressés font valoir que les AAE doivent être examinés dans le cadre de la procédure concernant l'aide d'État n° PL 1/03 <sup>(36)</sup>, ouverte par la Commission dans le cadre de l'application de la procédure transitoire prévue par le traité d'adhésion.

(113) L'affaire PL 1/03 concernait la notification par la Pologne du premier projet de loi sur la résiliation des AAE. Les intéressés font remarquer que, lors de l'examen de la notification, la Commission est probablement parvenue à la même conclusion sur le lien entre les AAE et le premier projet de loi que sur celui entre les AAE et le projet de loi considéré dans la présente décision, à savoir que les AAE et le projet de loi sont «étroitement liés».

(114) Les intéressés en concluent logiquement que la Commission aurait dû analyser les AAE dans le cadre de la même procédure que celle utilisée pour analyser le projet de loi initial, c'est-à-dire la procédure PL 1/03, ce qu'elle a fait en l'espèce.

(115) Les intéressés soulignent que la décision d'ouverture de la procédure abroge aussi la décision prise par la Commission dans l'affaire n° PL 1/03. La Commission a abrogé cette décision sur la base du fait que la Pologne n'a pas mis en œuvre le projet de loi initial avant l'adhésion et qu'en conséquence, les procédures prévues dans le traité d'adhésion ne s'appliquent pas. Les intéressés font valoir que cela équivaldrait à ignorer le fait que le premier projet de loi et les AAE sont liés de manière indissociable. Contrairement au premier projet de loi, les AAE relèveraient du champ d'application des procédures définies dans le traité d'adhésion. La Commission aurait dû continuer à analyser les AAE dans le cadre de la procédure PL 1/03, c'est-à-dire conformément aux procédures prévues par le traité d'adhésion, et non pas engager une nouvelle procédure en vertu du traité CE.

<sup>(30)</sup> Observation présentée par ELCHO, PAK et PSE.

<sup>(31)</sup> Observation présentée par BOT, ENS, ELCHO, PAK et PSE.

<sup>(32)</sup> [http://europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector\\_inquiries/energy/po\\_1.pdf](http://europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/energy/po_1.pdf)

<sup>(33)</sup> JO C 37 du 3.2.2001, p. 3.

<sup>(34)</sup> JO L 309 du 27.11.2001, p. 1.

<sup>(35)</sup> Observation présentée par ELCHO, les banques et PAK.

<sup>(36)</sup> Décision de la Commission du 3 février 2004 concernant l'aide d'État n° PL 1/03 — Pologne — Compensation pour coûts échoués en Pologne. Document C(2004) 167 final du 3.2.2004.

Suppression de droits <sup>(37)</sup>

- (116) Les intéressés font valoir que la résiliation des AAE conduit à la suppression de leurs droits <sup>(38)</sup> (sans indemnisation adéquate) <sup>(39)</sup>.

## 4.2. Observations concernant le projet de loi

- (117) Seuls ELCHO, les banques et PAK ont présenté des observations sur le projet de loi.
- (118) Les intéressés rappellent leur position, à savoir que les AAE ne confèrent pas d'avantage économique, ce qui a été démontré plus haut. Ils font valoir qu'en conséquence, le versement d'un dédommagement équitable pour leur résiliation ne constitue pas non plus un avantage. Les intéressés invoquent l'arrêt rendu par la CJCE dans l'affaire Asteris <sup>(40)</sup>. Les compensations versées en vertu du projet de loi sont assimilables à un dédommagement et sont par ailleurs garanties par le droit international privé et par l'article 10 du traité sur la Charte de l'énergie.
- (119) Les intéressés font également valoir que le projet de loi ne prévoit pas l'utilisation de ressources d'État, étant donné que la taxe qui servira à financer les versements prévus par la loi ne transitera pas par PSE, mais par un ou plusieurs opérateurs ou sociétés privés.
- (120) Les intéressés indiquent aussi que le projet de loi peut être considéré comme compatible avec le traité CE à la lumière de l'article 87, paragraphe 3, points a) à c), et de l'article 86, paragraphe 2. Dans ce contexte, ils avancent les mêmes arguments que ceux présentés lors de la discussion sur la compatibilité des AAE avec ces dispositions du traité.

<sup>(37)</sup> Observations présentées par Rzeszów et West LB AG London Branch.

<sup>(38)</sup> Cet argument n'a pas été détaillé plus avant par la centrale électrique de Rzeszów. En revanche, West LB AG London Branch a avancé, dans des observations supplémentaires (voir note 11), que même si le projet de loi sur la résiliation des AAE prévoyait que ces accords soient résiliés sur une base volontaire, en réalité, la loi rendrait cette résiliation obligatoire. En outre, en conséquence de la liquidation de l'élément compensateur dans les versements prévus par le système, PSE ne recevra plus de fonds pour s'acquitter des obligations découlant des AAE après l'entrée en vigueur de la loi, ce qui est susceptible de conduire à une situation dans laquelle PSE aura des difficultés considérables à tenir les engagements qui lui incombent en vertu des AAE. Pour cette raison, si les producteurs ne résilient pas volontairement les accords, le risque de ne pas recevoir toutes les ressources permettant l'exécution des accords augmentera considérablement.

<sup>(39)</sup> Selon West LB AG London Branch, le mode de calcul et de versement des compensations pour les coûts échoués priverait pratiquement les entités financières de la source de remboursement des emprunts accordés sur la base des AAE. Les institutions financières seraient privées de leurs droits sans compensation. West LB AG London Branch fait donc valoir que le projet de loi devrait au moins prévoir une indemnisation suffisante pour garantir que les institutions financières puissent obtenir le remboursement immédiat de tous les crédits accordés aux producteurs.

<sup>(40)</sup> Arrêt du 27 septembre 1988 dans les affaires jointes 106 à 120/87, points 23 et 24.

- (121) Sur la question de la compatibilité du projet de loi avec la méthodologie des coûts échoués, les banques font valoir que cette méthode a été élaborée et adoptée dans un contexte totalement différent. Elle visait à résoudre le problème de la récupération des coûts échoués après la libéralisation. En revanche, le projet de loi tient compte des circonstances qui prévalaient en Pologne à l'époque de la signature des AAE. Les banques critiquent le fait que la Commission, dans sa décision d'ouverture de la procédure, ait considéré certaines centrales électriques polonaises comme «non efficaces» et ait essayé d'analyser si le projet de loi conduisait au maintien du niveau de recettes garanti avant la libéralisation. De l'avis des banques, ce raisonnement conduirait à considérer toutes les centrales électriques construites avant l'adhésion d'un nouvel État membre à l'Union européenne comme non efficaces et, par conséquent, à considérer automatiquement que tous les accords conclus avec ces centrales contiennent un élément d'aide, ce qui amènerait alors à conclure que tous doivent être résiliés à compter de la date d'adhésion, puis renégociés. Cette résiliation serait absurde d'un point de vue tant économique que juridique. Les banques ajoutent que la Commission n'a présenté aucun élément de preuve convaincant ou concret démontrant que les centrales électriques n'étaient pas efficaces.

- (122) En conclusion, les banques estiment que la Commission a établi à tort une distinction entre les centrales électriques dont la construction était achevée ou pratiquement achevée au moment de l'adhésion et les autres. Ce faisant, elle a négligé le fait que les compensations doivent être calculées sur la base des règles de droit national et international établies. Les banques indiquent que, selon elles, le prix qu'un nouvel arrivant est prêt à payer pour entrer sur le marché importe peu dans ces calculs.

## 5. OBSERVATIONS DE LA POLOGNE

## 5.1. Observations concernant les AAE

- (123) La Pologne affirme que l'État est tenu de garantir la sécurité énergétique, ce qui couvre la sécurité d'approvisionnement, tout en tenant compte d'exigences de protection de l'environnement.
- (124) La Pologne fait valoir que les AAE constituaient la seule méthode permettant de s'acquitter de cette obligation en Pologne à l'époque où ces accords ont été signés. Des investissements considérables étaient nécessaires pour moderniser le marché polonais de l'électricité et les entreprises opérant dans le secteur de l'énergie disposaient de ressources très limitées. Les banques conditionnaient l'octroi de crédits à l'assurance d'un certain niveau de recettes sur une période donnée. Les AAE étaient considérés comme une garantie pour ces emprunts.

(125) PSE était la seule entité capable de mettre en œuvre les AAE. La conduite de cette société doit être appréciée en tenant compte du fait que la principale motivation de l'État n'est pas de réaliser des bénéfices, mais de s'acquitter de missions d'intérêt public.

(126) La Pologne fait valoir que, les AAE ayant été conclus à l'issue d'un appel d'offres ouvert, transparent et non discriminatoire, la participation de l'État aux AAE doit être perçue comme une sorte de prix du marché pour la réalisation d'une mission relevant de l'intérêt public, ce qui conduit à conclure à l'absence d'élément d'aide d'État en l'espèce. Ce point de vue est compatible avec la notion de partenariat public-privé que la Commission cherche à promouvoir.

(127) Selon les autorités polonaises, les AAE ont été conclus aux conditions du marché, et leur forme a été dictée, en particulier, par les conditions d'octroi de crédits offertes aux producteurs par les banques.

(128) Par ailleurs, la Pologne fait valoir que, les notions de SIEG et de partenariat public-privé étant toujours propres à un secteur donné, les AAE ne peuvent pas être perçus comme des instruments d'une spécificité sectorielle anormale.

(129) La Pologne fait aussi remarquer que, lorsque des centrales électriques ont été privatisées, la valeur des AAE a été prise en compte dans le prix de vente. Ceci exclut tout avantage économique éventuel, qui constitue un des éléments cumulatifs de la définition des aides d'État.

(130) La Pologne fait également observer que les AAE ne sont pas une aide accordée à long terme après l'adhésion. Elle considère les AAE comme une aide individuelle et affirme que leur exécution même après l'adhésion n'est que le versement d'une aide accordée avant l'adhésion. Les AAE définissent aussi clairement le niveau maximal d'intervention de l'État.

(131) Dans son argumentation, la Pologne affirme que la méthodologie des coûts échoués ne peut pas être appliquée aux AAE eux-mêmes. Elle ne peut s'appliquer qu'après la résiliation de ces derniers.

(132) En conclusion, les autorités polonaises contestent l'affirmation selon laquelle les AAE garantiraient un certain prix pour l'électricité pendant une période donnée. Elles estiment qu'il y a plutôt lieu de considérer que les AAE garantissent la prise en charge des coûts de production de l'électricité et une marge bénéficiaire minimale, d'un niveau suffisant pour rembourser les dettes contractées. D'après les autorités polonaises, conformément aux principes de l'économie de marché, le prix d'un produit ou d'un service doit toujours refléter le coût du capital obtenu pour financer l'investissement.

## 5.2. Observations concernant le projet de loi

(133) En réponse aux doutes exprimés par la Commission concernant le projet de loi, exposés dans la décision d'ouverture de la procédure, la Pologne a proposé une version modifiée du projet de loi. Le projet de loi étant entré en vigueur le 4 août 2007, il est ci-après dénommé «la loi».

(134) En ce qui concerne les aspects liés à l'aide d'État, les points sur lesquels la nouvelle version de la loi diffère de la version initiale décrite au point 2.2 sont exposés ci-après.

(135) La liste des bénéficiaires et les montants maximum de compensation ont été modifiés. La nouvelle liste des compensations accordées au titre des coûts échoués aux bénéficiaires potentiels s'établit comme suit:

Tableau 3

### Montant des compensations dans la loi modifiée

<i>(en milliers PLN)</i>	
Nom du bénéficiaire	Compensations maximales
BOT Górnictwo i Energetyka S.A.	4 536 851
Południowy Koncern Energetyczny S.A.	1 479 745
Elektrownia Koziencice S.A.	623 612
Zespół Elektrowni Dolna Odra S.A.	633 496
Zespół Elektrowni Pątnów-Adamów-Konin Pątnów II	1 377 880
Elektrociepłownia Kraków S.A.	0
Elektrociepłownia Rzeszów S.A.	297 415
Elektrociepłownia Nowa Sarzyna Sp. z o.o.	777 535
Elektrociepłownia Lublin Wrotków Sp. z o.o.	425 263
Elektrociepłownia Chorzów «ELCHO» S.A.	888 581
Elektrociepłownia Zielona Góra S.A.	464 297
Elektrociepłownia Gorzów S.A.	72 755
Total	11 577 430

Source: annexe 2 de la loi, telle que présentée par la Pologne.

(136) Par rapport à la liste figurant dans le tableau 2, la nouvelle liste des bénéficiaires

a) ne contient plus les entités Electrabel Połaniec S.A. et Dalkia Poznań Zespół Elektrociepłowni S.A., leurs AAE ayant entretemps expiré;

b) ne contient pas l'entité Żarnowiecka Elektrownia Gazowa Sp. z o.o., car l'AAE conclu pour cette centrale électrique a été résilié avant l'achèvement de la construction de cette dernière;

- c) contient une entité supplémentaire, Elektrociepłownia Gorzów S.A., devenue éligible en vertu du projet de loi.
- (137) Elektrociepłownia Kraków S.A. reste éligible en vertu de la loi, mais son montant maximum de compensation est égal à zéro.
- (138) Les grands principes régissant la fixation du montant maximum de compensation accordé au titre des coûts échoués, indiqué dans le tableau 3 ci-dessus, sont définis par l'article 27 de la loi.
- (139) Le montant maximal de compensation s'établit comme la différence entre
- les coûts d'investissement non amortis en 2007 et non couverts par une aide à l'investissement; et
  - la part des flux de trésorerie que la société pourra utiliser pour couvrir ses coûts d'investissement.

Les coûts d'investissement représentent la valeur comptable nette des actifs immobilisés, définie par l'article 27, paragraphe 1, de la loi. Les coûts d'investissement non amortis sont la valeur comptable des actifs immobilisés après déduction de leur valeur amortie.

Les éléments suivants sont ensuite déduits de ce montant:

- la valeur comptable finale de la centrale électrique à la date d'expiration de l'AAE initialement prévue (le cas échéant), et
- le montant total des subventions et des remises relatives aux actifs.

Pour chaque centrale électrique, le montant maximal a été déterminé pour la période comprise entre 2007 et l'expiration de l'AAE.

- (140) Lors du calcul des compensations, il a été tenu compte uniquement des investissements achevés ou en voie d'achèvement à la date de l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne. Par «en voie d'achèvement», on entend les investissements qu'il était plus rentable de mener à bien et d'exploiter que d'interrompre. Cette appréciation s'entend au jour de l'adhésion de la Pologne à l'Union.
- (141) La valeur des flux de trésorerie futurs a été déterminée sur la base des mêmes prévisions d'évolution du marché que celles décrites dans la décision d'ouverture de la procédure. Les autorités polonaises ont justifié leurs prévisions.

(142) La loi ne prévoit plus le versement initial d'un montant important; celui-ci est remplacé par des versements annuels et un système d'avances tenant compte, en particulier, de l'endettement du producteur. La validité du mécanisme permettant de corriger le montant de la compensation en fonction de l'évolution réelle des prix de l'électricité est prorogée jusqu'à la date d'expiration initialement prévue pour chaque AAE. Cela correspond à la période visée au point 139, définie aux fins du calcul du montant maximum de compensation accordé à chaque entreprise.

(143) La loi dispose que les bénéficiaires des compensations ne pourront pas recevoir d'aide au sauvetage ou à la restructuration pendant les 10 années qui suivent le versement de la dernière compensation au titre des coûts échoués prévue par la loi.

(144) La loi prévoit aussi une nouvelle catégorie de coûts échoués pour les producteurs énumérés dans le tableau 3 qui ont conclu des accords d'achat de gaz à long terme contenant une clause d'enlèvement ferme («take or pay») en liaison avec l'exploitation de leurs installations aux fins de l'exécution d'un AAE. Les accords d'enlèvement ferme à long terme sont des accords par lesquels l'acheteur s'engage à acquérir, chaque année durant la période de validité de l'accord, une certaine quantité de gaz à un prix arrêté sur la base d'une formule et s'expose à une amende s'il n'acquiert pas la quantité prévue.

(145) Les compensations maximales pour ces catégories de coûts échoués sont équivalentes à la quantité maximale d'électricité qu'un producteur donné peut produire avec le gaz acheté dans le cadre d'un contrat d'enlèvement ferme, multipliée par une estimation de la différence entre le prix par unité d'énergie produite avec ce gaz et le prix moyen par unité d'énergie produite avec le charbon nécessaire pour produire la même quantité d'électricité et par un coefficient correspondant au rapport entre le coût moyen d'une unité d'énergie obtenue avec du gaz d'origine polonaise et le coût moyen d'une unité d'énergie obtenue avec le gaz utilisé par les producteurs n'utilisant pas du gaz polonais (si le producteur considéré n'utilise pas du gaz polonais).

(146) Le tableau ci-dessous indique les montants maximum de compensation prévus par la loi en liaison avec des accords d'enlèvement ferme.

Tableau 4

**Montants maximum de compensation au titre des coûts échoués liés à des accords d'enlèvement ferme**

(en milliers PLN)

Producteur	Compensations maximales
Elektrociepłownia Rzeszów S.A.	124 395
Elektrociepłownia Lublin Wrotków Sp. z o.o.	191 480
Elektrociepłownia Nowa Sarzyna Sp. z o.o.	340 655

(en milliers PLN)

Producteur	Compensations maximales
Elektrociepłownia Zielona Góra S.A.	313 477
Elektrociepłownia Gorzów S.A.	35 273
Total	<b>1 005 280</b>

Source: annexe 2 de la loi, telle que présentée par la Pologne.

(147) Un mécanisme est prévu pour actualiser le montant réel versé chaque année aux différents producteurs, au titre des coûts échoués liés à des accords d'enlèvement ferme.

(148) Le montant réel des compensations pour une année donnée se compose de deux éléments:

a) premièrement, un montant équivalant à la quantité réelle d'électricité produite au cours de l'année concernée par un producteur donné à partir du gaz obtenu dans le cadre d'un accord d'enlèvement ferme multipliée par la différence entre le prix réel par unité d'énergie du gaz acheté sur la base de cet accord et le prix moyen réel par unité d'énergie du charbon nécessaire pour produire la même quantité d'électricité au cours de la même année, moins la différence entre le prix moyen de vente d'une unité d'électricité d'un producteur donné au cours de l'année concernée et le prix moyen de vente, au cours de la même année, d'une unité d'électricité provenant des producteurs utilisant du charbon (si cette différence est négative, il n'en est pas tenu compte dans les calculs). Un coefficient correspondant au rapport entre le coût moyen d'une unité d'énergie produite à partir de gaz polonais et le coût moyen d'une unité d'énergie produite à partir du gaz utilisé par les producteurs n'utilisant pas de gaz polonais (si le producteur considéré n'utilise pas de gaz polonais) est également appliqué;

b) deuxièmement, un montant équivalent à l'amende réelle infligée au producteur au cours de l'année concernée au titre du gaz qu'il s'était engagé à acheter en vertu de l'accord d'enlèvement ferme et auquel il a renoncé.

(149) La somme des compensations annuelles réelles calculées conformément à la méthode décrite au point 148 ne peut, pour aucun producteur, dépasser la compensation maximale indiquée dans le tableau 4. Tous les versements compensatoires au titre des coûts échoués liés à des accords d'enlèvement ferme prennent fin dès que ce montant maximum est dépassé. En tout état de cause, les versements cessent au plus tard à la date à laquelle l'AAE résilié devait initialement expirer.

(150) Les dispositions susmentionnées s'appliquent uniquement à la quantité de gaz acquise dans le cadre d'un accord d'enlèvement ferme déjà conclu au moment de l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne. Les quantités supplémentaires de gaz acquises en vertu d'un tel accord par le même producteur après l'adhésion ne peuvent pas donner lieu à une compensation. En outre, si la quantité de gaz acquise dans le cadre d'un accord d'enlèvement ferme a diminué après l'adhésion, il en est tenu compte pour le versement de la compensation.

## 6. RÉPONSE DE LA POLOGNE AUX OBSERVATIONS DES INTÉRESSÉS

(151) La Pologne estime que la Commission ne doit pas apprécier les AAE en tant qu'aides d'État. Toutefois, si ces accords étaient considérés comme une aide d'État, ils devraient être traités comme une aide non applicable après l'adhésion.

(152) La Pologne attire l'attention de la Commission sur le fait que la suppression de l'obligation de soumettre les tarifs au président de l'URE (autorité de régulation du secteur de l'énergie) pour confirmation visait à inciter les producteurs à se comporter comme des opérateurs de marché et à limiter les coûts de production de l'énergie.

(153) La Pologne souligne que la conclusion des AAE a fait l'objet d'un appel d'offres ouvert, non discriminatoire et adressé à tous les producteurs (tant publics que privés). La Commission devrait aussi noter que certains AAE ont été liés à une privatisation et qu'il a été tenu compte de leur existence pour fixer le prix de l'entreprise à privatiser.

(154) Si la Commission considère les AAE comme des aides d'État, la Pologne estime que cette aide ne doit être considérée comme une aide au fonctionnement car, dans la pratique, elle était liée à l'exécution de missions de service public confiées aux producteurs. Les AAE devaient assurer la sécurité d'approvisionnement.

(155) La Pologne rappelle sa position, à savoir que les AAE ne doivent pas être appréciés à la lumière de la méthodologie des coûts échoués, car celle-ci ne s'applique qu'aux coûts résultant de l'abandon, par un État membre, d'engagements ou de garanties offertes aux producteurs.

## 7. APPRÉCIATION PAR LA COMMISSION

(156) Ainsi qu'il est indiqué au point 133, dans le cadre de la présente procédure, les autorités polonaises ont présenté la loi à la Commission afin que celle-ci apprécie sa compatibilité avec les règles applicables en matière d'aides d'État. La loi prévoit des compensations en liaison avec la résiliation anticipée des AAE; celles-ci sont donc indissociables des accords eux-mêmes. Dans sa décision d'ouverture de la procédure, la Commission a émis des doutes

concernant l'existence éventuelle d'éléments d'aide d'État et la compatibilité des AAE avec les règles en matière d'aide d'État. À la date de publication de la présente décision, les AAE s'appliquent toujours. En conséquence, la Commission est tenue d'apprécier les AAE énumérés dans l'annexe 1 de la loi.

## 7.1. Appréciation des AAE

### 7.1.1. Existence d'une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE

- (157) La Commission analyse ci-après les différents critères cumulatifs qui composent la définition d'une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE: mobilisation de ressources d'État, existence d'un avantage économique, sélectivité de l'avantage et impact sur le cours des échanges.
- (158) Aux fins de cette analyse, il importe de définir la période sur laquelle ces critères seront examinés et qui sera prise en compte pour l'appréciation de l'élément d'aide d'État dans les AAE.
- (159) Les intéressés font valoir, dans leurs observations (en rapport avec divers critères d'appréciation), que la Commission doit tenir compte uniquement des conditions qui prévalaient au moment de la signature des AAE. Les résultats de cette analyse devraient ensuite être étendus à la période de validité des divers AAE, à tout le moins jusqu'au moment où des changements importants ont été apportés à ces derniers.
- (160) Il est vrai qu'aux fins de l'appréciation de l'existence d'un élément d'aide dans une mesure donnée, la Commission doit examiner l'état de la situation au moment de l'entrée en vigueur de la mesure considérée.
- (161) Cela ne signifie toutefois pas que l'appréciation des quatre critères contenus dans la définition d'une aide d'État doit se limiter exclusivement à la période précise à laquelle l'aide a été accordée. Si, dès le début, l'aide est accordée pour une longue période sous la forme de versements réguliers et non pas d'un versement unique, la Commission doit examiner si les critères ont été remplis sur l'ensemble de la période de validité prévue de l'aide.
- (162) En l'espèce, la Commission est parvenue à la conclusion que le résultat de l'appréciation était identique, que les AAE soient considérés ou non comme des aides d'État au moment de leur conclusion. En effet, si la Commission considère que les quatre conditions étaient remplies au moment de la conclusion des AAE, ceux-ci doivent être appréciés conformément aux dispositions du traité d'adhésion. D'une telle appréciation (voir le point 7.1.2 ci-après), il ressort qu'à compter du 1<sup>er</sup> mai 2004, la mesure constitue une aide nouvelle, dont il convient d'apprécier la compatibilité avec le marché commun à cette date. En revanche, si l'on considère que les AAE ne constituaient pas une aide d'État au moment de leur conclusion, la

Commission estime qu'ils sont devenus une aide d'État au moment de l'adhésion — au plus tard le jour de l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne (voir le point 7.1.2 ci-après). Sur la base du traité d'adhésion et conformément à l'article 1<sup>er</sup>, point b) v), du règlement (CE) n° 659/1999, la Commission considérerait que la mesure en question constitue une aide nouvelle à compter du 1<sup>er</sup> mai 2004 et que sa compatibilité avec les règles en matière d'aides d'État doit être appréciée à partir de cette date (voir le point 7.1.2 ci-après).

- (163) En conséquence, la Commission apprécie si, au jour de l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne et depuis cette date, la mesure en question remplit toutes les conditions d'une aide d'État.
- (164) Dans ce contexte, la Commission aimerait revenir sur les observations présentées par les intéressés, selon lesquelles les accords de droit privé ne peuvent pas être automatiquement considérés comme nuls en raison de l'adhésion et de la libéralisation, car, de l'avis des intéressés, cela contreviendrait aux principes de la sécurité juridique et de la confiance légitime.
- (165) La Commission rejette cet argument. L'accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République de Pologne, d'autre part, qui a ouvert la voie à l'adhésion, a été signé le 16 décembre 1991. À l'époque où les parties aux AAE ont conclu ces accords, il était clair que la Pologne adhérerait à l'Union européenne et, pour la majorité, il était également clair que cette adhésion surviendrait avant la fin de la période de validité des AAE.
- (166) Le 16 avril 2003, la République de Pologne a signé le traité d'adhésion, qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2004. À compter du jour de l'adhésion, les dispositions des traités et du droit dérivé sont devenues contraignantes pour la Pologne, conformément à l'article 2 de l'acte d'adhésion<sup>(41)</sup>. En conséquence, l'acquis communautaire s'applique à toutes les relations contractuelles dans les nouveaux États membres, et toutes les exceptions à ce principe ne peuvent découler que du traité d'adhésion. L'acte d'adhésion joint au traité et ses annexes ne prévoient aucune exception aux règles applicables en matière d'aides d'État qui exclurait les AAE ou l'ensemble du secteur de l'énergie de l'application directe du droit dérivé communautaire concernant les aides d'État.
- (167) La Commission est tenue d'appliquer le droit communautaire de la concurrence à la Pologne de la même manière qu'à tout autre État membre, dans le secteur de l'énergie comme dans tout autre secteur de l'économie polonaise. La Commission fait remarquer que, pour juger d'une aide d'État, la forme de l'aide (en l'espèce, un accord de droit privé) n'a pas d'importance; aux fins de l'appréciation par la Commission, seul l'effet de la mesure en question compte.

<sup>(41)</sup> Voir la note 3 de bas de page.

La Commission n'a donc pas trouvé, dans les observations formulées par les intéressés, d'argument valide expliquant pourquoi la présente procédure contreviendrait aux principes de la sécurité juridique et de la confiance légitime.

#### Ressources d'État et possibilité de les imputer à l'État

- (168) La garantie de rentabilité, qui constitue le fondement des AAE, se traduit en pratique par l'engagement pris par PSE d'acheter de l'électricité à un prix couvrant les coûts d'investissement et les coûts de fonctionnement majorés d'une certaine marge bénéficiaire. Le prix d'achat est intégralement supporté par PSE, qui est une société entièrement détenue et contrôlée par le Trésor public.
- (169) Les intéressés ont fait valoir que la décision de conclure des AAE avait été prise par PSE.
- (170) En ce qui concerne l'utilisation de ressources d'État, la Commission a aussi envisagé de se baser sur l'arrêt *PreussenElektra* <sup>(42)</sup>, dans lequel la CJCE examinait un mécanisme permettant à un État d'obliger des sociétés privées à se fournir en électricité auprès de certains producteurs, à un prix décidé par l'État supérieur à celui du marché. La CJCE avait jugé que, dans cette affaire, il n'y avait pas eu de transfert de ressources publiques et que le mécanisme ne constituait donc pas une aide d'État.
- (171) La situation en Pologne diffère sensiblement du mécanisme analysé par la CJCE dans l'arrêt susmentionné. La raison principale en est une différence de régime de propriété des entreprises qui se voient imposer l'obligation d'achat.
- (172) Dans l'affaire *PreussenElektra*, la société que l'État obligeait à acheter de l'électricité était une entreprise privée, tandis que PSE appartient entièrement à l'État, qui la contrôle. PSE est une entreprise publique, conformément à la définition figurant dans la directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises <sup>(43)</sup>. Les ressources mises en œuvre en l'espèce sont donc celles d'une entreprise entièrement publique.
- (173) Dans l'affaire *PreussenElektra*, lorsque l'on retrace le cheminement des ressources du bénéficiaire jusqu'à leur point d'origine, il apparaît qu'elles n'ont jamais été contrôlées par l'État, ni directement ni indirectement.
- (174) Contrairement à la situation décrite dans l'arrêt *PreussenElektra*, en l'espèce, les ressources sont contrôlées par l'État car elles parviennent à une entreprise publique (PSE); il y a donc lieu de les considérer comme des ressources d'État.

- (175) Sur la base de l'analyse de la mesure et à la lumière de l'arrêt susmentionné, la Commission considère que les AAE impliquent des ressources d'État.
- (176) En ce qui concerne la possibilité d'imputer les ressources à l'État, dans l'arrêt *Stardust* <sup>(44)</sup>, la CJCE a établi que des ressources appartenant à des sociétés qui se trouvent sous le contrôle de l'État constituent des ressources d'État. La CJCE affirme cependant qu'il est nécessaire d'examiner aussi si l'utilisation de ces ressources peut être imputée à l'État de manière concrète.
- (177) Conformément à l'arrêt rendu par la CJCE dans l'affaire *Stardust*, lorsqu'une entreprise appartenant à l'État utilise ses moyens d'une manière qui laisse supposer qu'il s'agit d'une action de l'État, il convient de considérer ces moyens comme des ressources d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE.
- (178) Il ressort clairement des observations présentées par la Pologne ou par les intéressés que la décision de mettre en œuvre un programme d'incitation aux investissements dans le secteur de l'électricité visait à moderniser ce secteur, à mettre à niveau les centrales électriques afin qu'elles respectent les normes communautaires et à garantir un approvisionnement énergétique qui couvre entièrement la demande. Ces objectifs montrent que les AAE n'ont pas été conclus par PSE dans un but commercial, mais (comme l'ont indiqué les autorités polonaises) pour atteindre une série d'objectifs stratégiques importants.
- (179) L'influence de l'État sur la conclusion des AAE transparaît, entre autres, dans le fait que, l'invitation à soumissionner dans le cadre de l'appel d'offres a été adressée aux participants par le ministère polonais de l'industrie et du commerce. Par ailleurs, en vertu du code du commerce polonais, le ministère des finances représentant le Trésor public détient tous les pouvoirs au sein de l'assemblée générale des actionnaires.
- (180) Le principe de base qui sous-tend la fixation des prix dans les AAE est la prise en charge des coûts d'investissement et de fonctionnement et la réalisation d'une certaine marge bénéficiaire. Ce cadre vise à garantir les investissements nécessaires; il reflète aussi une décision de l'État mise en œuvre par PSE.
- (181) Compte tenu de ce qui précède, la Commission estime que les éléments susmentionnés constituent un faisceau de conditions qui, conformément aux critères énoncés par la CJCE dans l'arrêt *Stardust*, permettent de considérer que l'utilisation de ressources de PSE dans les AAE doit être imputée à l'État, en conséquence de quoi, au vu des arguments exposés, il convient de considérer, aux fins de la présente analyse, que les AAE sont financés à l'aide de ressources d'État.

<sup>(42)</sup> Arrêt du 13 mars 2001 dans l'affaire C-379/98.

<sup>(43)</sup> JO L 318 du 17.11.2006, p. 17.

<sup>(44)</sup> Arrêt du 16 mai 2002 dans l'affaire C-482/1999.

(182) Il semble naturellement clair pour la Commission que l'État était autant impliqué dans la conclusion des AAE que dans la définition des modalités de base de ces accords.

#### Avantage économique

(183) Les AAE se présentent juridiquement sous la forme d'accords conclus entre deux parties: PSE et des producteurs. Ainsi qu'il est expliqué au point 172, PSE appartient entièrement au Trésor public.

(184) Afin de déterminer si les AAE confèrent aux producteurs un avantage économique, la Commission doit apprécier si, grâce aux AAE, les producteurs jouissent d'avantages économiques qu'ils n'auraient pas pu obtenir sur le marché.

(185) Les AAE confèrent un avantage aux producteurs éligibles dès lors qu'ils placent leurs bénéficiaires dans une situation économique plus avantageuse que celle des autres sociétés.

(186) Même si les AAE peuvent différer les uns des autres sur des points de détail, tous reposent sur un principe fondamental immuable: l'achat obligatoire par PSE d'une partie (parfois de l'intégralité) de l'électricité produite par les sociétés concernées, à un prix régulièrement revu, fondé sur le principe de la prise en charge, par le client, de l'ensemble des coûts (fixes et variables) de production de l'électricité, majorés d'une marge bénéficiaire.

(187) L'autorité polonaise de régulation pour le secteur de l'énergie (URE) conserve indirectement le droit de vérifier si les coûts facturés à PSE sont justifiés et fondés; en pratique cependant, elle n'en use que pour vérifier si ces coûts sont effectivement liés à la production d'électricité. Par ailleurs, le contrôle exercé par l'URE est exclusivement indirect, car il vise à vérifier la structure des coûts de PSE afin de déterminer le niveau des recettes de PSE provenant des clients captifs. Si, ce qui est peu probable, l'URE constatait que certains coûts découlant des AAE qui sont facturés à PSE sont injustifiés, elle ne pourrait qu'interdire à PSE de répercuter ces coûts sur ses clients captifs. Cette situation est susceptible de compliquer la tâche de PSE pour s'acquitter de ses obligations au titre des AAE, mais cela ne signifie pas l'annulation juridique de ces accords.

(188) Le principe fondamental décrit ci-dessus s'applique durant toute la durée de validité des AAE, comprise entre 7 et 20 ans à compter du début de l'exploitation des centrales électriques concernées, soit entre 10 et 31 ans après la signature des AAE (plus de 15 ans dans la majorité des cas).

(189) Cela signifie que, pendant cette période, le risque commercial lié à l'exploitation des centrales électriques concernées est supporté par l'acheteur de l'électricité, c'est-

à-dire PSE. Cela couvre le risque lié aux variations des coûts de production de l'électricité, et en particulier les coûts énergétiques, le risque lié aux variations du prix de l'électricité facturé au client final et le risque lié à l'évolution de la demande en électricité des clients finals. Ces types de risque sont typiquement ceux que tout producteur d'énergie ne bénéficiant pas d'un AAE supporterait seul.

(190) Il en résulte donc que les centrales électriques parties à un AAE disposent (sous réserve de leur bonne gestion sur le plan technique) de bénéfices garantis sur une longue période, équivalente à la durée d'exploitation habituelle prévue des actifs concernés (leur durée d'amortissement). Plus cette période est longue, plus la garantie est précieuse, car elle protège d'un risque qu'il est d'autant plus difficile de prévoir.

(191) La Commission estime que cette garantie, qui est un élément fondamental des AAE, confère aux bénéficiaires de ces accords une position économique plus avantageuse que celle des autres sociétés du marché et constitue à cet égard un avantage pour les centrales électriques concernées.

(192) D'après les autorités polonaises et les intéressés, les banques ont fait de la signature des AAE une condition préalable à l'octroi des crédits destinés à financer l'acquisition d'actifs. Electrabel affirme que «les institutions financières n'étaient pas disposées à financer de nouveaux investissements dans le secteur énergétique polonais sans disposer de la garantie particulière que le preneur de crédit réaliserait un certain chiffre d'affaires pendant la période de remboursement du crédit»<sup>(45)</sup>. Cette exigence des banques entraîne que les garanties accordées dans le cadre des AAE avaient une valeur positive sur le marché. Les AAE constituent donc la condition dont dépendait le fait que les institutions financières acceptent de financer les investissements.

(193) Des éléments ci-dessus, il ressort que les AAE ne constituent pas une forme classique de garantie, mais ils permettent simplement le paiement, par PSE, entreprise détenue et entièrement contrôlée par le Trésor public, des coûts d'investissement et des coûts de fonctionnement les plus importants (quand ce n'est pas l'ensemble de ces coûts) des centrales électriques parties à ces accords. En pratique, cette «garantie» signifie que, pendant pratiquement toute la période d'amortissement ou la période d'exploitation prévue d'une centrale électrique et indépendamment de l'évolution des conditions du marché, PSE achète une quantité fixe d'électricité à un prix qui doit assurer la rentabilité de la centrale.

(194) Afin de statuer sur l'existence ou non d'un avantage, la Commission analyse ci-après divers autres points.

<sup>(45)</sup> Observation d'Electrabel concernant la procédure, point 45, quatrième phrase.

(195) La Commission attire principalement l'attention sur le fait qu'en Pologne, les AAE ont été conclus exclusivement avec des producteurs sélectionnés. À l'époque de leur conclusion déjà, il existait d'autres producteurs d'électricité, qui n'ont pas bénéficié de ces accords. De nouvelles installations ont été construites au cours des années suivantes et de nouveaux investissements sont actuellement réalisés sans bénéficier du soutien d'AAE.

(196) Au cours des premières années de fonctionnement des AAE, les producteurs qui n'avaient pas conclu d'accord pouvaient vendre leur électricité à des conditions tarifaires contrôlées par l'État, par l'intermédiaire de l'URE. À partir du 28 juin 2001, ce mécanisme a été progressivement supprimé et ces producteurs ont commencé à vendre leur électricité à des prix librement fixés par le marché.

(197) Ainsi que l'ont indiqué les intéressés, aucun de ces mécanismes (prix contrôlé par l'État ou prix sur le marché libre) ne permettait aux producteurs ne bénéficiant pas d'un AAE de récupérer l'ensemble de leurs coûts. Ils vendent leur électricité au prix marginal, c'est-à-dire à un prix garantissant uniquement la prise en charge de leurs coûts variables.

(198) Les intéressés ont suggéré que la production d'électricité par des producteurs ne bénéficiant pas d'un AAE serait plus nuisible à l'environnement que la production d'électricité par des producteurs parties à un AAE, ce qui devrait justifier le prix inférieur obtenu par les premiers pour leur électricité. La Commission rejette cet argument. Premièrement, il n'est pas certain que toutes les centrales électriques qui ne bénéficient pas d'un AAE produisent de l'électricité «sale». Les centrales polonaises les plus récentes (qui ne bénéficient pas d'un AAE) produisent de l'électricité à l'aide des technologies les plus modernes. Par ailleurs, rien ne justifie d'un point de vue économique que de l'électricité moins propre ait une valeur marchande moindre que de l'électricité produite en respectant l'environnement. Les deux sont totalement interchangeable (parfois même impossibles à distinguer physiquement) et leur valeur pour le client est identique <sup>(46)</sup>.

(199) La Bourse polonaise de l'énergie a commencé à fonctionner en 1999. Depuis 2001, le prix moyen de l'électricité y est stable et fluctue entre 110 et 125 PLN/MWh <sup>(47)</sup>. En 2004, le prix moyen sur le marché s'est établi à environ 115 PLN/MWh; en 2005, il a fluctué entre 115 et 120 PLN/MWh; en 2006, il est resté globalement stable aux alentours de 125 PLN/MWh et en 2007 (données jusqu'au 31 juillet 2007), il a fluctué entre 110 et 122 PLN/MWh. Aux fins de la comparaison, les informations communiquées par les autorités polonaises ont permis à la Commission d'estimer comme suit l'ensemble des coûts supportés en 2005 par les centrales électriques ayant bénéficié de compensations en vertu de la loi:

<sup>(46)</sup> La seule exception est peut-être l'électricité «verte», certains clients étant prêts à payer davantage pour une électricité certifiée avoir été produite à partir d'énergies renouvelables. Toutefois, aucune centrale électrique bénéficiaire d'un AAE n'utilise ce type d'énergie.

<sup>(47)</sup> Source: statistiques de la Bourse polonaise de l'énergie (Towarowa Gielda Energii S.A.).

Tableau 5

**Estimation, pour 2005, des coûts totaux de production d'électricité des centrales électriques ayant conclu un AAE**

Producteur	Coûts de production moyens en 2005 (PLN/MWh)
Elektrownia Opole (partie de BOT)	[...] (*)
Elektrownia Turów (partie de BOT)	[...]
Południowy Koncern Energetyczny S.A.	[...]
Elektrownia Kozienice S.A.	[...]
Zespół Elektrowni Dolna Odra S.A.	[...]
Pątnów II	[...]
Elektrociepłownia Kraków S.A.	[...]
Elektrociepłownia Rzeszów S.A.	[...]
Elektrociepłownia Nowa Sarzyna Sp. z o.o.	[...]
Elektrociepłownia Lublin Wrotków Sp. z o.o.	[...]
Elektrociepłownia Chorzów «ELCHO» S.A.	[...]
Elektrociepłownia Zielona Góra S.A.	[...]
Prix moyen à la Bourse polonaise de l'énergie	115-120 PLN/MWh

(\*) Information confidentielle.

Source: estimations de la Commission sur la base des données fournies par la Pologne. Pour Pątnów II, le chiffre correspond à 2008, première année d'exploitation prévue.

(200) Les données figurant dans le tableau 5 ci-dessus montrent combien il est peu probable que les prix du marché, c'est-à-dire les prix perçus sur le marché par les producteurs qui n'ont pas conclu d'AAE pour leur électricité, soient suffisants pour assurer la même garantie de chiffre d'affaires que les AAE.

(201) L'exemple de la Bourse polonaise de l'énergie n'est pas isolé. D'autres États membres ont aussi libéralisé leur marché de l'électricité et mis en place une bourse de l'énergie au sein de laquelle les acheteurs et les vendeurs négocient l'électricité selon les règles du marché.

(202) Dans son enquête sectorielle sur les marchés de l'électricité <sup>(48)</sup>, la Commission a analysé en détail les conditions de l'échange d'électricité sur les marchés de gros européens. Les données recueillies dans le cadre de cette enquête

<sup>(48)</sup> [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector\\_inquiries/energy/](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/energy/)

montrent qu'aucun marché libéralisé n'accorde aux producteurs une garantie à long terme de prise en charge de l'ensemble des coûts qu'ils supportent. En réalité, la majorité des transactions portent sur trois ans.

- (203) Les échanges d'électricité au sein des bourses se font toujours sur la base des prix marginaux, qui garantissent uniquement la prise en charge des coûts marginaux à court terme<sup>(49)</sup>. Par ailleurs, les contrats sur ces marchés sont conclus pour des durées inférieures à celle d'un AAE. À titre d'exemple, les contrats les plus longs portent sur 4 ans pour NordPool (Scandinavie), 3 ans pour Powernext (France), 5 ans pour UKPX (Grande-Bretagne) et 6 ans pour EEX (Allemagne). Sur certaines bourses d'échange, telles qu'OMEL en Espagne, aucun contrat à terme n'est conclu. Depuis le 1<sup>er</sup> avril 2006, ce type d'accord a aussi disparu de la Bourse polonaise de l'énergie.
- (204) Sur les marchés de l'énergie libéralisés, les échanges d'électricité peuvent aussi se faire sur la base d'accords bilatéraux (marché de gré à gré). L'enquête sur le secteur de l'énergie a montré que, compte tenu de la possibilité de conclure des transactions d'arbitrage dans les échanges d'électricité et de l'existence d'accords bilatéraux, les conditions des échanges (en particulier, le prix et la durée de validité des contrats) sur le marché de gré à gré sont identiques à celles qui prévalent sur les bourses de l'énergie.
- (205) PSE s'est engagé, dans le cadre des AAE, à acheter aux producteurs une certaine quantité minimale d'électricité, à un prix qui couvre l'ensemble des coûts de production, jusqu'en 2007 dans le cas des AAE les plus courts et jusqu'en 2027 dans le cas des AAE les plus longs.
- (206) Cette décision a été imposée à PSE par l'État polonais. Comme le fait remarquer ELCHO dans ses observations, «par l'intermédiaire de PSE, le ministère polonais de l'industrie et du commerce a atteint des objectifs stratégiques en matière de sécurité d'approvisionnement et d'amélioration des normes de protection de l'environnement dans le secteur de la production d'électricité»<sup>(50)</sup>.
- (207) Le fait même que ce soit l'État polonais et non pas PSE qui ait dû décider que de nouveaux investissements seraient réalisés et qu'ils bénéficieraient d'AAE montre clairement que, lors de la prise de ces décisions, d'autres critères que ceux qui orienteraient la conduite d'un investisseur privé ont joué un rôle déterminant.
- (208) Sans l'intervention de l'État, PSE n'aurait pas eu d'intérêt économique à prendre ce type de décision, et ce pour deux raisons fondamentales.
- (209) Premièrement, PSE a acheté une quantité d'électricité dont elle savait déjà, au moment de l'achat, qu'elle pourrait dépasser ses besoins.

(210) En concluant des AAE, PSE s'est engagée à acheter une certaine quantité, importante, d'électricité (près de 50 % de la production polonaise en 2005<sup>(51)</sup>) et jusqu'à 70 % sur la période concernée).

(211) Au tout début (les premières années de validité des AAE), PSE était le seul fournisseur dans le secteur polonais de l'électricité; il pouvait donc vendre la totalité de l'électricité produite à ses clients finaux. Pourtant, dès le début, on pouvait prévoir que PSE cesserait rapidement d'être le seul fournisseur d'électricité en Pologne. Les AAE ont été conclus en 1996-1998, à l'exception d'un accord sur les six conclus avec PKE, qui a été signé le 12 avril 1995. À cette époque, il était déjà évident que la Pologne adhérerait probablement à l'Union européenne alors que la majorité, voire la totalité, des AAE seraient encore valides (ce qui s'est finalement produit avant même l'expiration de l'accord le plus court et 23 ans avant l'expiration de l'accord le plus long). En particulier, dans le cadre du processus de préadhésion, en décembre 1991, le gouvernement polonais a signé un accord européen établissant un partenariat entre les Communautés européennes et la République de Pologne. Ensuite, en 1994, la Pologne a déposé une demande officielle d'adhésion à l'Union européenne. Les négociations d'adhésion ont débuté en 1998 et se sont terminées en 2002, lorsque le Conseil européen de Copenhague a considéré que la Pologne remplissait toutes les conditions nécessaires à son adhésion à l'Union européenne.

(212) En fait, les intéressés eux-mêmes ont signalé qu'un des objectifs des AAE était de faire en sorte que les producteurs polonais respectent certaines directives communautaires relatives à la pollution atmosphérique et, en particulier, les directives concernant les émissions en provenance des grandes installations de combustion<sup>(52)</sup>, ce qui constitue une autre preuve que ces parties étaient conscientes de l'imminence de l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne.

(213) Il était notoire que l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne signifierait l'intégration dans le marché intérieur de l'électricité, dont la libéralisation a commencé avec l'adoption de la directive 96/92/CE<sup>(53)</sup>. Cela signifiait que le marché serait ouvert à d'autres fournisseurs, qui feraient concurrence à PSE, et, par conséquent, que PSE pourrait finalement ne pas avoir besoin de toute l'électricité prévue dans le cadre des AAE, compte tenu de l'évolution du marché de l'électricité.

(214) En Pologne, les plans de libéralisation ont été mis en œuvre très rapidement, les premiers clients ayant pu bénéficier d'une ouverture du marché dès 1999. La même année, la Bourse polonaise de l'énergie a aussi commencé à

<sup>(51)</sup> Source: URE. Communiqué du président de l'autorité de régulation de l'énergie dans le rapport annuel 2005, chapitre 2 ([http://www.ure.gov.pl/index\\_eng.php?dzial=1&id=6](http://www.ure.gov.pl/index_eng.php?dzial=1&id=6)).

<sup>(52)</sup> La dernière version de cette directive est la directive 2001/80/CE (voir note 34 de bas de page).

<sup>(53)</sup> Cette directive a été adoptée le 19 décembre 1996, mais elle faisait l'objet de discussions depuis la présentation de la proposition de la Commission le 14 mars 1992.

<sup>(49)</sup> Les coûts marginaux à court terme sont les coûts qu'un producteur peut éliminer en décidant de stopper sa production d'énergie à court terme. Ces coûts sont pratiquement équivalents aux coûts variables, car dans les deux cas, ils dépendent essentiellement des coûts énergétiques.

<sup>(50)</sup> Observation d'ELCHO concernant la procédure, point 1.4.1, troisième phrase.

fonctionner. D'autres changements sont encore intervenus lors de l'entrée en vigueur de la directive 2003/54/CE le 26 juin 2003. Cette directive prévoit la libéralisation du marché pour tous les clients industriels à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2004 et pour tous les clients à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2007, réduisant ainsi progressivement, jusqu'à élimination, la part de marché monopolisée par PSE.

(215) Deuxièmement, même pour la part d'électricité dont PSE avait réellement besoin, il n'était pas rationnel que l'entreprise, en tant qu'acheteur, s'engage à payer aux producteurs la totalité des coûts de production de l'électricité et une marge bénéficiaire fixée si longtemps à l'avance, même en sachant que la libéralisation permettrait de choisir entre différentes technologies et différents prix, y compris ceux offerts par de nouveaux opérateurs recourant à des technologies plus efficaces.

(216) Les acheteurs n'ont intérêt à conclure des accords à long terme que si ceux-ci leur assurent une certaine sécurité face aux effets des fluctuations sur le marché de l'électricité, et en particulier face aux changements liés aux variations des coûts énergétiques. De ce fait, un acheteur pourrait avoir un intérêt économique à conclure un accord à long terme de ce type uniquement si le vendeur offrait de supporter une partie du risque lié aux variations des coûts énergétiques, ou si les technologies de production permettaient de garantir la stabilité de ces coûts, comme c'est le cas de l'énergie hydraulique et, à certaines conditions, de l'énergie nucléaire.

(217) Le raisonnement économique ci-dessus trouve confirmation dans le fait qu'il apparaît qu'il n'existe pas d'exemple d'acheteur privé qui, sans intervention de l'État, conclurait un accord à long terme avec des producteurs d'électricité utilisant des combustibles fossiles et prendrait à sa charge tous les coûts de production sur une période aussi longue que celle des AAE (supérieure à 10 ans). La Commission n'a pas trouvé, lors de son enquête sur le secteur de l'énergie, d'exemple correspondant à ce type d'accord; les intéressés n'ont pas non plus fourni d'exemple d'accord de ce type, bien qu'ils aient affirmé que de tels accords ont été conclus et malgré le fait que certains intéressés appartiennent à des groupes très importants opérant dans de nombreux pays.

(218) Les seuls exemples invoqués par les intéressés ne sont pas adéquats pour les raisons suivantes:

a) au Portugal, les accords entre Redes Energéticas Nacionais et Turbogás, et entre Electricidade De Portugal et Pego ont été conclus par des entreprises publiques (Redes Energéticas Nacionais). Il convient à cet égard de noter que même si les intéressés se sont efforcés de démontrer que ces accords sont compatibles avec les règles applicables en matière d'aide d'État, la Commission est d'avis contraire. La Commission n'a

publié qu'une décision sur leur compatibilité avec l'article 81 du traité CE. Dans la décision concernant l'aide d'État relative à la résiliation obligatoire de ces accords et à l'octroi de compensations pour ce faire, elle a constaté qu'ils conféraient aux producteurs des avantages économiques<sup>(54)</sup>;

b) en Grande-Bretagne, les accords concernant Northern Ireland Electricity ont été conclus à la demande de l'État, à l'époque où l'entreprise était encore publique. Northern Ireland Electricity a ensuite été privatisée et le gouvernement britannique a dû mettre en place un mécanisme d'aide pour dédommager l'entreprise de la charge non économique liée à ces accords;

c) en France, l'accord entre Électricité de France et Pechiney couvre uniquement les coûts variables des centrales nucléaires appartenant à Électricité de France. Dans les années 90 du siècle passé, plusieurs autres accords de ce type ont été conclus en France. Tous reposaient sur un engagement du producteur à fournir au client de l'électricité pendant une longue période à un prix couvrant uniquement ses coûts marginaux.

(219) Enfin, la Commission note que, malgré les affirmations des intéressés, il n'est pas exact que le fait même que les AAE aient été conclu sur la base d'un appel d'offres suffit pour considérer qu'ils ne constituent pas une aide d'État. Ce principe s'applique lorsqu'un État membre acquiert des biens ou des services pour ses propres besoins. En l'espèce, l'appel d'offres ne visait pas tant à acquérir des biens et des services nécessaires à l'État, qu'à atteindre un certain nombre d'objectifs stratégiques, tels qu'encourager les investissements étrangers en Pologne, améliorer la protection de l'environnement et renforcer la sécurité d'approvisionnement. Dans un tel cas, le fait de recourir à un appel d'offres ne peut conduire qu'à conclure que l'aide se limite au minimum nécessaire pour atteindre les objectifs stratégiques; cela ne suffit pas pour affirmer qu'il n'y a pas eu aide de l'État.

(220) Les producteurs appartenant à des groupes privés maintiennent que toute aide d'État dans le cadre des AAE aurait été éliminée par le processus de privatisation, car il aurait été tenu compte de la valeur des AAE dans le prix demandé aux sociétés acquérant les centrales électriques.

(221) La Commission fait remarquer que ces arguments ne s'appliquent pas en l'espèce, car la privatisation des centrales électriques a en réalité pris la forme de rachats d'actions.

(222) La CJCE a déjà examiné comment un changement de propriétaire à la suite d'un rachat d'actions pouvait influencer sur l'existence de l'aide et sur le bénéficiaire d'une aide

<sup>(54)</sup> Décision de la Commission concernant l'aide d'état n° N 161/04 — Portugal — Coûts échoués au Portugal (JO C 250 du 8.10.2005, p. 9).

incompatible avec les règles en matière d'aides d'État accordée à l'entreprise. La CJCE a jugé qu'une entreprise qui s'était vue accorder une aide illégale en conservait le bénéfice malgré le changement de propriétaire<sup>(55)</sup>. Le transfert des actions au prix du marché garantit seulement que l'acheteur ne profite pas en plus de l'aide d'État.

- (223) En l'espèce, cela signifie que le changement de propriétaire des centrales électriques bénéficiant d'un AAE n'a pas modifié le fait que les AAE constituent des aides d'État pour ces installations. En effet, les avantages contenus dans les AAE ont été accordés aux centrales électriques, et non à leurs propriétaires.
- (224) Tous les éléments d'avantage économique susmentionnés ainsi que l'argumentation exposée concernent la période à laquelle la Pologne a adhéré à l'Union européenne et restent valables jusqu'à la date de la présente décision (dans le cas des AAE qui ont cessé d'être applicables avant la date de la présente décision, jusqu'à leur expiration).
- (225) À la lumière des observations ci-dessus, la Commission estime que les AAE confèrent un avantage économique à leurs bénéficiaires.

#### 7.1.2. Services d'intérêt économique général (SIEG)

- (226) Les intéressés ont ajouté qu'il convenait de considérer que les AAE permettent la réalisation de SIEG visant à assurer la sécurité d'approvisionnement en électricité et la protection de l'environnement. Ils rempliraient ainsi les critères énoncés dans l'arrêt *Altmark*, en vertu duquel ils ne constituent pas une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE.
- (227) La Commission a examiné ces arguments et est parvenue à la conclusion qu'elle ne pouvait y souscrire, pour les raisons exposées ci-après.
- (228) Les États membres disposent d'une large marge de manœuvre pour définir la portée des SIEG. Cette discrétion ne signifie toutefois pas que toute intervention de l'État justifiée par des motifs stratégiques peut être assimilée à la réalisation d'un SIEG. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Mercato Convenzionali Porto di Genova*<sup>(56)</sup>, la CJCE a rejeté la possibilité d'appliquer l'article 86, paragraphe 2, du traité CE, car il ne ressort pas que «que les opérations [...] revêtent un intérêt économique général qui présente des caractères spécifiques par rapport à celui que revêtent d'autres activités de la vie économique». La Commission est aussi d'avis que, dans les domaines dans lesquels le droit communautaire s'applique, la large marge de manœuvre laissée aux États membres pour définir la portée des SIEG est limitée.
- (229) Les intéressés ont affirmé qu'un des SIEG fourni dans le cadre des AAE serait l'action en faveur de la protection de

l'environnement. Plus précisément, les AAE devraient stimuler l'investissement en vue de permettre aux centrales électriques polonaises de s'adapter aux normes communautaires dans ce domaine.

- (230) La Commission fait remarquer que l'obligation de respecter des normes environnementales n'est en rien différente des autres restrictions auxquelles sont soumises toutes les entreprises opérant dans le secteur industriel. Par ailleurs, considérer le respect des normes de protection de l'environnement comme un SIEG constituerait une violation directe du principe du «pollueur payeur», qui est un des principes de base du droit communautaire dans ce domaine, inscrit en droit primaire dans l'article 174, paragraphe 2, du traité CE.
- (231) La Commission note l'argument des intéressés, selon lequel la protection de l'environnement serait définie dans l'article 3 de la directive 96/92/CE comme un des domaines susceptibles de faire l'objet d'obligations de service public. Elle estime que cela ne remet pas en question le point de vue présenté ci-dessus. En effet, bien que la directive dispose que des obligations de service public peuvent exister dans le domaine de la protection de l'environnement, cela ne signifie pas que le contenu de ces obligations de service public n'est pas soumis à certaines exigences. En particulier, cela ne modifie en rien le fait que ces obligations doivent se distinguer des conditions normales de fonctionnement des entreprises du secteur concerné et ne peuvent pas s'opposer aux principes constituant le fondement de la politique communautaire en matière de protection de l'environnement (le principe du «pollueur payeur», par exemple).
- (232) La Commission attire aussi l'attention sur le fait que quatre des centrales électriques bénéficiant d'un AAE (à Turów, Pątnów, Belchatów et Jaworzno) figurent sur la liste du WWF recensant les trente centrales électriques les plus polluantes en Europe<sup>(57)</sup>, ce qui contredit d'autant plus l'affirmation selon laquelle elles accomplissent une mission de service public en matière de protection de l'environnement.
- (233) Les intéressés invoquent également la sécurité d'approvisionnement comme un des SIEG fournis par les AAE.
- (234) Dans les décisions prises à l'époque<sup>(58)</sup>, la Commission a considéré que la sécurité d'approvisionnement pouvait en effet constituer un service d'intérêt économique général, sous réserve des dispositions prévues par l'article 8, paragraphe 4, de la directive 96/92/CE (qui correspond à l'article 11, paragraphe 4, de la directive 2003/54/CE), c'est-à-dire à condition que les producteurs concernés utilisent des sources combustibles indigènes d'énergie

<sup>(57)</sup> <http://assets.panda.org/downloads/dirty30rankingfinal260905.pdf>

<sup>(58)</sup> Voir les décisions de la Commission concernant les aides d'État n<sup>os</sup> N 34/99 (JO C 5 du 8.1.2002, p. 2), NN 49/99 (JO C 268 du 22.9.2001, p. 7), N 6/A/01 (JO C 77 du 28.3.2002, p. 26) et C 7/05 (non encore parue au Journal officiel).

<sup>(55)</sup> Arrêt du 8 mai 2003 dans les affaires jointes C-328/1999 et C-399/00, *Italie et SIM 2 Multimedia/Commission*, point 83, Recueil 2003, p. I-4035.

<sup>(56)</sup> Arrêt du 10 décembre 1991 dans l'affaire C-179/90, point 27.

primaire et que la quantité totale d'électricité ne dépasse pas, sur une année civile, 15 % de la quantité totale d'énergie primaire nécessaire pour produire l'électricité consommée dans l'État membre concerné.

- (235) En l'espèce, les AAE portent sur une quantité d'électricité dépassant largement les 15 % évoqués au point 234. Par ailleurs, ils ne concernent pas uniquement des producteurs utilisant des sources combustibles indigènes d'énergie primaire.
- (236) La Commission remarque que les centrales électriques bénéficiant d'AAE ne possèdent aucune caractéristique permettant de les considérer comme particulièrement utiles à la réalisation des objectifs de sécurité d'approvisionnement. En réalité, ce ne sont que des installations classiques reliées au réseau et elles contribuent à la sécurité d'approvisionnement général de la Pologne autant que n'importe quelle autre centrale électrique du secteur.
- (237) Compte tenu de ce qui précède, la Commission estime qu'elle n'a pas de raison de déroger à sa pratique habituelle dans ce domaine. Elle doit donc rejeter l'affirmation selon laquelle les AAE permettent de remplir une mission de service public en matière de sécurité d'approvisionnement. Par ailleurs, jusqu'à présent, aucun SIEG n'a jamais été défini en Pologne dans ce contexte.
- (238) En conséquence, la Commission affirme qu'il n'est pas possible d'appliquer aux AAE les dispositions du traité CE concernant les services d'intérêt économique général.
- (239) En outre, la Commission attire l'attention sur le fait que les AAE ne rempliraient pas tous les critères énoncés dans l'arrêt Altmark.
- (240) Premièrement, l'arrêt Altmark prévoit l'exigence que l'entreprise bénéficiaire soit effectivement tenue de s'acquitter d'obligations d'intérêt public qui soient clairement définies.
- (241) En l'espèce, les supposées obligations de service public n'ont pas été clairement définies. Les intéressés invoquent à cet égard des obligations de protection de l'environnement et de sécurité d'approvisionnement, mais il s'agit d'objectifs très généraux. En outre, on peut considérer que chaque producteur d'électricité contribue à leur réalisation dans une certaine mesure. Les intéressés n'ont pas présenté de document exposant plus précisément le type de SIEG confié aux différents producteurs, ni l'acte juridique par lequel ces obligations leur seraient imposées.
- (242) L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la loi polonaise sur l'énergie <sup>(59)</sup> a aussi été invoqué. Il dispose que l'État doit garantir un approvisionnement énergétique stable et

permanent aux clients finaux, d'une manière rationnelle d'un point de vue technique et économique et en tenant compte des exigences de protection de l'environnement. Toutefois, cet article n'impose à aucune entreprise particulière des obligations de service public. Seul l'État se voit soumis à de telles obligations.

- (243) Les intéressés avancent enfin que les AAE sont des actes qui confient aux producteurs la prestation de SIEG. Pourtant, les AAE ne contiennent aucune définition précise de SIEG, ni ne renvoient à ces obligations ou à des dispositions juridiques sur la base desquelles l'État pourrait leur déléguer la prestation de SIEG.
- (244) Deuxièmement, les indicateurs sur la base desquels la compensation est calculée devraient être fixés plus tôt, de manière objective et transparente, et la compensation elle-même ne devrait pas dépasser le montant nécessaire pour couvrir la totalité ou une partie des coûts supportés en liaison avec l'accomplissement des obligations de service public, en tenant compte des recettes en découlant et d'une marge bénéficiaire appropriée <sup>(60)</sup>.
- (245) En l'absence d'une définition claire des SIEG qui devraient être fournis, en particulier d'une définition qui permettrait de distinguer clairement les SIEG des opérations économiques normales des centrales électriques, on ne peut pas fixer d'indicateurs de compensation ni vérifier si la compensation ne dépasse pas le montant nécessaire pour couvrir les coûts supportés lors de l'accomplissement de ces obligations. Il n'est même pas possible de définir précisément en quoi consiste la compensation.
- (246) Le fait que certains indicateurs aient été prévus pour fixer les prix dans le cadre des AAE n'équivaut pas à l'existence d'indicateurs précis pour le calcul des compensations au titre de SIEG, car le prix n'est pas équivalent à la compensation. En outre, le fait que le prix couvre uniquement le coût de production, majoré d'une marge bénéficiaire, ne signifie pas non plus qu'il ne constitue pas une compensation excessive, dans la mesure où de nombreux coûts de production de l'électricité peuvent être des coûts normaux, que tout producteur d'électricité devrait supporter, au contraire des coûts exceptionnels liés à la prestation de SIEG.
- (247) Troisièmement, si l'entreprise n'a pas été choisie dans le cadre d'une procédure d'attribution de marchés publics, le montant de la compensation finale doit être fixé sur la base d'une analyse des coûts, qu'une entreprise moyenne, bien gérée et correctement équipée pour remplir des obligations de service public supporterait en liaison avec l'accomplissement de ces obligations, en tenant compte des recettes en découlant et d'une marge bénéficiaire appropriée.

<sup>(59)</sup> Journal officiel polonais n° 54 de 1997, point 348 et ses modifications ultérieures.

<sup>(60)</sup> Critères 2 et 3 de l'arrêt Altmark.

(248) Les intéressés avancent que ces critères doivent être considérés comme automatiquement remplis car la conclusion d'AAE est le résultat d'une procédure d'appel d'offres transparente et non discriminatoire. La Commission attire néanmoins l'attention sur le fait que, dans la procédure d'appel d'offres, de nombreux critères sont appliqués outre celui du prix et celui lié aux objectifs stratégiques susmentionnés (protection de l'environnement, sécurité d'approvisionnement). La Commission estime que l'application d'autres critères, indépendants du prix ou des objectifs politiques énoncés, rend impossible de conclure automatiquement que le niveau de la compensation accordée est correct. En outre, le fait que, lors de l'appréciation des offres, de nombreux autres critères aient été appliqués sans qu'aucun objectif précis n'ait été défini pour les SIEG constitue un élément supplémentaire montrant la difficulté d'apprécier si les supposés SIEG sont réellement fournis. Par exemple, mélanger le critère du prix et celui de la protection de l'environnement pourrait conduire à ce qu'un soumissionnaire proposant de l'électricité à un prix très bas mais peu respectueuse de l'environnement soit choisi au lieu d'un soumissionnaire proposant une électricité de meilleure qualité sur le plan de la protection de l'environnement. Ce fait suscite des doutes quant à la prestation réelle de SIEG par les producteurs et, en tout état de cause, complique la détermination de la portée concrète des services fournis.

(249) Par ailleurs, ni les autorités polonaises ni les intéressés n'ont présenté d'analyse des coûts des producteurs concernés qui confirmerait que ceux-ci correspondent aux coûts supportés par une entreprise moyenne. En réalité, les estimations présentées par la Pologne dans le cadre de la loi aux fins du calcul des compensations applicables aux différents producteurs montrent que les coûts qu'ils supportent dépassent considérablement les coûts supportés par un producteur moyen débutant son activité en Pologne.

(250) Du reste, la Commission souligne que l'AAE conclu avec EC Kraków n'a fait l'objet d'aucune procédure d'appel d'offres.

(251) Les intéressés ont fait valoir que l'article 86, paragraphe 2, du traité CE pouvait s'appliquer aux AAE même s'ils ne répondaient pas aux critères énoncés dans l'arrêt Altmark.

(252) La Commission considère que les observations présentées ci-dessus conduisent à la conclusion que l'article 86, paragraphe 2, n'est pas applicable aux AAE.

(253) En particulier, l'article 86, paragraphe 2, ne peut être appliqué que dans le cas d'entreprises qui se sont vu confier la prestation de SIEG réels, condition qui n'a pas été remplie en l'espèce ainsi qu'il ressort des points 228 à 238. Si des SIEG doivent être fournis, ils doivent être confiés à des entreprises spécifiques, ce qui n'était pas le cas, ainsi qu'il

ressort des points 240 à 243. Du reste, les compensations pour la prestation de SIEG doivent être proportionnelles à la charge supportée, ce qui signifie qu'il est nécessaire de pouvoir apprécier précisément la portée de ces SIEG afin d'être en mesure de déterminer les coûts qui y sont liés. Ainsi qu'il ressort des points 245 et 246, en l'espèce, cette condition n'était pas remplie.

#### Sélectivité

(254) Les AAE sont clairement sélectifs, car ils n'ont été conclus qu'avec un nombre limité de sociétés. Dès leur signature, il a existé dans le secteur de l'électricité des sociétés qui n'en bénéficiaient pas.

(255) L'argument invoqué par les intéressés, à savoir la nécessité de définir les marchés concernés, n'est pas correct. La notion de sélectivité inclut les mesures qui bénéficient à l'ensemble d'un secteur, même si elles constituent un avantage pour toutes les sociétés d'un secteur donné (ce qui n'était pas le cas en l'espèce, car certaines sociétés du secteur concerné n'ont pas bénéficié d'un AAE).

(256) En ce qui concerne la référence à l'arrêt Van der Kooy, la Commission rappelle que, dans cet arrêt, la CJCE n'a pas contesté la sélectivité de la mesure d'aide. L'appréciation sur laquelle se basent les intéressés dans leurs observations concerne la question de l'existence d'un avantage; elle ne permet toutefois pas d'établir si la CJCE a considéré ou considérerait la mesure comme ne remplissant pas le critère de sélectivité.

(257) Par ailleurs, en réponse aux arguments des intéressés selon lesquels, dans le cas de mesures qui ne font pas l'objet d'une décision d'État, le critère de sélectivité doit être remplacé par le critère de l'investisseur privé, la Commission indique que ce critère sert à vérifier la présence ou non d'un avantage, et non la sélectivité.

#### Distorsion de concurrence et incidence sur les échanges

(258) Les intéressés avancent que la Commission aurait dû examiner si, au moment de leur conclusion, les AAE constituaient une distorsion de concurrence ou s'ils ont affecté le commerce entre les États membres. Ainsi qu'il a été expliqué, la Commission est d'avis que la question de savoir si les AAE constituaient des aides au moment de leur conclusion n'a pas d'effet sur l'issue de la présente procédure. En vue de son adhésion à l'Union européenne, la Pologne a ouvert son marché très tôt: dès 1999, année d'ouverture de la Bourse polonaise de l'énergie, certains clients ont été autorisés à changer de fournisseur d'énergie. Le 1<sup>er</sup> mai 2004, la Pologne est entrée dans le marché intérieur libéralisé. L'existence de contrats de longue durée

conclus avec PSE, entreprise appartenant au Trésor public, assortis de garanties d'achat d'électricité à des prix couvrant les coûts supportés par les centrales électriques ainsi qu'une marge bénéficiaire, est susceptible de créer une distorsion de concurrence.

(259) Les mesures favorisant des sociétés du secteur de l'énergie dans un État membre sont susceptibles de porter atteinte à la capacité qu'ont les entreprises d'autres États membres à exporter de l'électricité vers celui-ci, ou de favoriser les exportations d'électricité vers ces derniers. Ceci vaut en particulier pour la Pologne, qui occupe une position centrale en Europe et qui est raccordée ou facile à raccorder à plusieurs États membres actuels et futurs.

(260) Le marché polonais de l'électricité (la Bourse polonaise de l'énergie) a été ouvert en 1999; la même année, PSE est devenu membre de l'UCTE <sup>(61)</sup>.

(261) Par ailleurs, lorsque les AAE ont été signés, il existait clairement des échanges d'électricité entre la Pologne et les États voisins. Les capacités de transport des interconnexions n'étaient pas importantes (2 000 W selon les intérêts), mais elles étaient entièrement utilisées, essentiellement à des fins d'exportation.

(262) En 2005, la Pologne a exporté 14,3 TWh et a importé 3,1 TWh, la consommation nationale s'établissant à 144,8 TWh <sup>(62)</sup>; la plupart des échanges avaient lieu avec la République tchèque, l'Allemagne et la Slovaquie (les interconnexions avec l'Ukraine et le Belarus ont des capacités très faibles ou ne fonctionnent pas).

(263) Il découle de ce qui précède que les AAE étaient susceptibles de créer des distorsions de concurrence même avant l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne. Toutefois, par définition, le critère relatif à l'incidence sur les échanges entre États membres ne peut être rempli qu'après l'adhésion. L'adhésion à l'Union européenne et la libéralisation du secteur polonais de l'énergie étant intervenues le même jour (1<sup>er</sup> mai 2004), la Commission estime qu'au plus tard le jour de l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne, les avantages découlant des AAE étaient susceptibles de créer une distorsion de concurrence ou d'avoir une incidence sur les échanges entre États membres et qu'ils ont conservé ce potentiel pendant toute la durée de validité des AAE.

(264) La Commission considère par conséquent que les AAE constituent une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE.

<sup>(61)</sup> Union pour la coordination du transport de l'électricité: association des gestionnaires de réseaux de transport interconnectés de l'Europe continentale.

<sup>(62)</sup> Rapport annuel 2005 de PSE, accessible à l'adresse suivante: [http://www.pse-operator.pl/uploads/kontener/Annual\\_Report\\_2005.pdf](http://www.pse-operator.pl/uploads/kontener/Annual_Report_2005.pdf)

### 7.1.3. Les AAE, une «aide nouvelle», par opposition à une «aide existante» *Illégalité de l'aide*

Applicabilité du traité d'adhésion aux AAE conclus avant l'adhésion et encore en vigueur après l'adhésion

(265) Conformément à l'annexe IV, point 3, de l'acte d'adhésion, la Commission était habilitée à contrôler les mesures constituant des aides d'État (tant les aides individuelles que les régimes d'aide) mises à exécution avant l'adhésion à l'Union européenne et toujours applicables après cette date.

(266) Premièrement, les AAE ayant été signés entre 1994 et 1998, c'est-à-dire avant l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne, ils remplissent la condition de «mise à exécution avant l'adhésion». À cet égard, la Commission souligne que la présente décision concerne uniquement les AAE qui étaient en vigueur le jour de l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne (1<sup>er</sup> mai 2004). Elle ne concerne pas les AAE résiliés avant cette date.

(267) Deuxièmement, les AAE sont applicables après l'adhésion. Ils expirent entre 2006 et 2027, donc après l'adhésion. Le jour de l'adhésion, on ne connaissait pas le niveau précis de l'intervention de l'État découlant de la conclusion des AAE.

(268) Dans ce contexte, la Commission estime d'une manière générale qu'il convient de considérer les mesures suivantes comme applicables après l'adhésion et constituant une aide nouvelle <sup>(63)</sup>:

- a) tous les régimes d'aide qui sont entrés en vigueur avant la date d'adhésion, sur la base desquels il est possible d'accorder, sans qu'il soit nécessaire de prendre d'autres mesures d'exécution, des aides individuelles en faveur d'entreprises énumérées dans la loi de manière générale et abstraite, après l'adhésion;
- b) une aide qui n'est pas liée à un projet précis et qui a été accordée avant l'adhésion à une ou plusieurs entreprises, pour une durée illimitée et/ou un montant indéterminé;
- c) une aide individuelle dans le cas de laquelle le niveau précis d'intervention financière de l'État n'était pas connu au moment de son octroi.

«Niveau précis d'intervention économique de l'État»

(269) Les AAE servaient à garantir la rentabilité des centrales électriques. Ce n'est cependant pas une garantie de forme classique: les AAE prévoient le rendement futur des investissements et la rentabilité, grâce aux achats d'électricité garantis, à des prix garantis (bien que variables) pendant une durée garantie, indépendamment des conditions du marché.

<sup>(63)</sup> Voir par exemple la décision de la Commission du 28 janvier 2004 concernant l'aide d'État n° CZ 14/03 — République tchèque «Česka spořitelna, a.s.».

- (270) Le niveau maximal de l'intervention financière de l'État dans le cadre des AAE n'a pas été limité à un montant maximal avant l'adhésion; l'aide aux producteurs ne leur a pas non plus été accordée, définitivement et sans conditions, pour un montant précis avant cette date.
- (271) Bien au contraire, l'intervention *économique* de l'État en liaison avec les AAE dépend d'indicateurs dont l'évolution future n'était pas connue à la date de l'adhésion. Par ailleurs, les AAE garantissaient aux producteurs une protection vis-à-vis de variations affectant des coûts qui ne se rapportaient pas à des opérations ou à des événements survenant avant l'adhésion, mais à des changements susceptibles de se produire à l'avenir, et donc inconnus à la date de l'adhésion.
- (272) Plus particulièrement, les éléments exposés ci-dessous témoignent du fait que le niveau d'intervention de l'État dans le cadre des AAE n'était pas connu à la date de l'adhésion et que l'État était aussi engagé après l'adhésion.
- (273) Premièrement, les prix auxquels les producteurs vendaient l'électricité à PSE n'étaient pas fixés dans les AAE individuels. Ces prix résultent de calculs effectués sur la base d'une formule contenant une série de paramètres dont les variations sont imprévisibles.
- (274) À titre d'exemple, dans ces formules figurent des paramètres tels que l'indice des prix des biens et des services en Pologne ou aux États-Unis, le prix du pétrole ou du charbon sur les marchés mondiaux, le salaire moyen en Pologne ou le cours du zloty polonais par rapport au dollar américain. Il va de soi que les fluctuations de tous ces paramètres ne dépendent pas uniquement d'événements qui ont eu lieu avant l'adhésion. Le calcul des prix, et parfois les formules elles-mêmes, font constamment l'objet de modifications, au moyen d'une série d'avenants apportés aux AAE, dans certains cas tous les ans ou même plus souvent.
- (275) Sur la base de ce qui précède, la Commission estime que l'existence d'une formule permettant de fixer le prix n'est pas un élément suffisant pour limiter le niveau de l'intervention *économique* de l'État. Le fait même que la formule se compose d'un grand nombre de paramètres variables empêche toute définition avec une précision suffisante du niveau potentiel d'intervention de l'État.
- (276) Par ailleurs, contrairement aux garanties classiques, les AAE couvrent les coûts de fonctionnement de leurs bénéficiaires. Ils prévoient l'achat continu, par PSE, de quantités d'électricité garanties et la prise en charge ininterrompue des coûts de fonctionnement fixes ou variables, conformément aux formules de calcul des prix qu'ils contiennent.
- (277) La Commission tient aussi compte du fait que, au vu du grand nombre de paramètres inclus dans les formules de calcul des prix, il n'est pas possible d'exclure que le bénéficiaire de l'aide lui-même puisse influencer sur le prix final (à l'aide de certains éléments des coûts de fonctionnement, tels que la rémunération des travailleurs et de la direction).
- (278) Enfin, à titre subsidiaire, il convient aussi de signaler que l'intervention financière de PSE sur la base des AAE dépend aussi de la demande, dans une large mesure. Elle équivaut à la différence entre le prix d'achat fixé dans l'AAE et le chiffre d'affaires que PSE peut réaliser en vendant l'électricité aux clients finaux. Il n'est pas possible de prévoir le prix auquel PSE vendra son électricité aux clients finaux. Le prix de l'électricité vendue sur un marché de monopole est arrêté tous les ans par l'État, alors que sur un marché libre, ces prix fluctuent de manière imprévisible. Ce facteur accroît lui aussi l'imprévisibilité de l'intervention de l'État dans le cadre des AAE. Il pourrait même arriver un jour que la quantité minimale d'électricité que PSE est tenue d'acheter en vertu des AAE soit supérieure aux besoins réels de l'entreprise, en particulier après l'achèvement de la libéralisation du marché de l'énergie en 2007. Un surplus d'électricité pourrait même entraîner des coûts inconnus encore supérieurs, ce qui accroît l'imprévisibilité de l'intervention de l'État dans le cadre des AAE.
- (279) Ainsi, les montants versés par PSE aux producteurs après l'adhésion ne constituent pas la distribution normale de montants accordés plus tôt à partir d'une enveloppe générale définie avant l'adhésion. Par ailleurs, les AAE ont été modifiés à plusieurs reprises à l'aide d'annexes successives depuis la signature des contrats initiaux.
- (280) La Commission attire l'attention sur le fait que, dans les cas concernés, lors de l'appréciation de la compatibilité des mesures avec le marché commun, il convient de tenir compte de l'aide accordée avant l'adhésion à l'Union européenne et applicable après l'adhésion.

#### AAE en tant qu'aide nouvelle

- (281) Conformément aux dispositions susmentionnées du traité d'adhésion, toutes les mesures ci-après, entrées en vigueur avant l'adhésion et encore applicables après l'adhésion, qui constituent des aides d'État et qui ne relèvent pas d'une des catégories énumérées ci-dessous sont considérées, à partir de la date de l'adhésion, comme une aide nouvelle au sens de l'article 88, paragraphe 3, du traité CE.
- (282) Les trois catégories d'aide existante visées dans le traité d'adhésion sont les suivantes:
1. Aides mises à exécution en Pologne avant le 10 décembre 1994
- Dans ce contexte, il convient de noter qu'à l'exception de l'AAE conclu avec Turów S.A. <sup>(64)</sup>, les AAE ont été signés après le 10 décembre 1994 et ne constituent donc pas une aide existante au sens de l'article 88, paragraphe 1, du traité CE.
2. Aides énumérées dans la liste des mesures existantes jointe au traité d'adhésion

<sup>(64)</sup> Signé le 26 août 1994, comme l'a indiqué BOT dans ses observations concernant la procédure.

Dans ce contexte, il convient de noter que ni le régime couvrant les AAE ni aucun AAE individuel n'a été notifié à la Commission afin d'être inclus dans la liste des aides existantes jointe au traité d'adhésion et qu'aucun n'est mentionné dans l'appendice à l'annexe IV de l'acte d'adhésion dont il est question au point 3, paragraphe 1, point b), de l'annexe IV, contenant la liste des mesures d'aide existantes; de ce fait, ils ne constituent pas une aide existante au sens de l'article 88, paragraphe 1, du traité CE.

3. Aides examinées par l'autorité polonaise chargée de la surveillance des aides publiques avant la date de l'adhésion et jugées compatibles avec l'acquis et à l'égard desquelles la Commission n'a pas soulevé d'objections en raison de doutes sérieux quant à la compatibilité des mesures avec le marché commun, en vertu de la procédure dite transitoire visée par le traité d'adhésion (point 3, paragraphe 2, de l'annexe IV de l'acte d'adhésion)

Dans ce contexte, il convient de noter qu'aucun AAE n'ayant été notifié à la Commission dans le cadre de cette procédure transitoire, aucun accord ne constitue une aide existante au sens de l'article 88, paragraphe 1, du traité CE.

(283) Compte tenu du fait qu'aucun AAE individuel ne relève d'une des catégories d'aide existante énumérées dans le traité d'adhésion, ces accords constituent une aide nouvelle à compter de la date d'adhésion.

(284) La Commission attire l'attention sur le fait que cette qualification des AAE est aussi conforme aux dispositions de l'article 1<sup>er</sup>, point b) v), dernière phrase, du règlement (CE) n° 659/1999. Cet article prévoit que, lorsque des mesures deviennent une aide à la suite de la libéralisation d'une activité par le droit communautaire (en l'espèce, la libéralisation du marché de l'énergie sur la base de la directive 96/92/CE, qui est entrée en vigueur en Pologne le jour de l'adhésion du pays à l'Union européenne), ces mesures ne sont pas considérées comme une aide existante après la date fixée pour la libéralisation, ce qui signifie qu'elles sont traitées comme une aide nouvelle.

(285) En ce qui concerne les observations présentées par les intéressés évoquées au point 71, la Commission fait remarquer que, pour les raisons exposées au point 31, elle considère les AAE comme un régime d'aides. Elle tient également compte du fait que le dénominateur commun de tous les AAE est la décision prise par l'État de proposer aux investisseurs des accords d'achat d'électricité de longue durée garantissant leur rentabilité durant toute la période de validité des accords.

(286) Les intéressés font valoir que les AAE ne constituaient pas une aide d'État au moment de leur conclusion et qu'il n'est donc pas possible de les considérer comme une aide nouvelle. Ils invoquent l'arrêt *Alzetta Mauro* <sup>(65)</sup>, affirmant

qu'il convenait de considérer une aide accordée sur un marché initialement fermé à la concurrence, avant sa libéralisation, comme une aide existante à partir de la date de libéralisation. Quoi qu'il en soit, l'article 1<sup>er</sup>, point b) v), du règlement (CE) n° 659/1999 concerne aussi bien les régimes d'aides que les aides individuelles.

(287) La Commission rejette cet argument. Il a été démontré que, le jour de l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne, tous les critères permettant de conclure à l'existence d'une aide d'État étaient remplis. En particulier, il a été démontré qu'à cette époque, la Pologne échangeait déjà de l'électricité avec les pays voisins et qu'une bourse de l'énergie fonctionnait depuis 1999. En tout état de cause, il ne faisait aucun doute qu'à partir du jour de son adhésion, la Pologne rejoindrait aussitôt un secteur ouvert à la concurrence. La Commission est d'avis que l'objectif des dispositions du traité d'adhésion concernant les aides d'État était justement de garantir que les mesures susceptibles de créer une distorsion de concurrence entre États membres le jour de l'adhésion seraient examinées. Contrairement aux traités d'adhésion antérieurs au 1<sup>er</sup> mai 2004, le traité d'adhésion signé par la Pologne et neuf autres États vise à limiter les mesures considérées comme des aides existantes aux trois cas précis décrits ci-dessus. L'arrêt *Alzetta Mauro* ne concerne pas les mesures relevant du traité d'adhésion; il n'est donc pas possible de l'appliquer aux AAE soumis à appréciation. Du reste, la Commission estime aussi que l'arrêt *Alzetta Mauro* concerne la situation précise décrite dans une décision de la Commission datant d'avant l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 659/1999.

(288) En conséquence et sur la base des dispositions du traité d'adhésion, la Commission considère que les AAE constituent une aide nouvelle.

#### Aide illégale

(289) Les AAE n'ayant pas été notifiés à la Commission conformément aux règles de procédure en vigueur dans le domaine des aides d'État, la Commission considère qu'ils constituent une aide illégale.

#### 7.1.4. Dispositions du traité concernées

(290) Les intéressés ont maintenu que la Commission aurait dû analyser les AAE dans le contexte du mécanisme transitoire prévu par le traité d'adhésion, en liaison avec l'aide d'État n° PL 1/03 <sup>(66)</sup>.

(291) La Commission conteste cette affirmation.

(292) Dans le cadre du mécanisme transitoire prévu par le traité d'adhésion, les compétences de la Commission se limitaient à confirmer ou à contester des décisions prises par les autorités de la concurrence des États adhérents sur des mesures qui étaient en vigueur et restaient applicables après l'adhésion. L'affaire n° PL 1/03 concernait une décision de

<sup>(65)</sup> Voir la note 16 de bas de page.

<sup>(66)</sup> PL 1/03 — Coûts échoués — Pologne. Voir la note 36 de bas de page.

l'autorité polonaise de la concurrence relative au projet de loi sur les compensations accordées par l'État pour la résiliation des AAE. Elle ne concernait pas une aide accordée dans le cadre des AAE eux-mêmes, que les autorités polonaises n'ont d'ailleurs pas notifiés dans le cadre de la procédure transitoire, et la décision de l'autorité de la concurrence ne couvrait pas les AAE individuels. La Commission ne disposait pas de compétences lui permettant de décider, de manière unilatérale, d'élargir le cadre de cette affaire au titre de la procédure transitoire.

(293) En outre, même si la Commission avait pu élargir de manière unilatérale le cadre d'affaires similaires, cela n'aurait pas été possible en l'espèce car la loi examinée dans le cadre de la procédure transitoire prévoyait la résiliation obligatoire de tous les AAE avant l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne. La Commission ne pouvant examiner que les problèmes liés à des aides d'État encore applicables après l'adhésion, elle n'était pas en mesure d'inclure les AAE dans son analyse.

(294) En ce qui concerne les autres traités bilatéraux ou la charte européenne de l'énergie, la Commission fait remarquer qu'ils n'interdisent pas la résiliation de ces accords, mais qu'ils recommandent une compensation appropriée qui n'enlève pas aux AAE leur caractère d'aide d'État. L'objectif de ces traités est d'assurer un équilibre entre les objectifs de la libéralisation et l'obligation de maintenir les investissements. En réponse aux observations présentées par les intéressés concernant la suppression de droits, la Commission estime que si les AAE constituaient une aide indue et incompatible avec le marché commun, ils seraient illégaux. Leur résiliation ne peut donc pas être considérée comme une suppression de droits. Au cas où il serait considéré qu'il y a là suppression de droits, la Commission est d'avis qu'une compensation peut être accordée et que les conditions énoncées dans la méthodologie des coûts échoués garantiront que cette compensation sera équitable.

#### 7.1.5. *Appréciation de la compatibilité*

(295) L'article 87, paragraphe 1, du traité CE prévoit une interdiction générale d'octroi d'aides d'État sur le territoire de la Communauté.

(296) L'article 87, paragraphes 2 et 3, du traité CE prévoit des dérogations au principe général d'incompatibilité de ces aides avec le marché commun, énoncé au paragraphe 1 dudit article.

(297) Les dérogations prévues à l'article 87, paragraphe 2, du traité CE ne s'appliquent pas en l'espèce, car la mesure considérée n'a pas de caractère social et n'est pas octroyée aux consommateurs individuels, elle ne vise pas à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires, et elle n'est pas non plus octroyée à l'économie de certaines régions de la République fédérale d'Allemagne affectées par la division de cet État.

(298) L'article 87, paragraphe 3, du traité CE prévoit d'autres dérogations.

(299) Aux termes de l'article 87, paragraphe 3, point a) du traité CE, peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun «les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi». La majorité, voire l'intégralité, du territoire polonais peut être considérée comme répondant à cette définition.

(300) La Commission a adopté des lignes directrices pour l'appréciation de ce type d'aide. À la date de l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne, des lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale <sup>(67)</sup> (ci-après dénommées «lignes directrices régionales») étaient en vigueur. Ces lignes directrices régissaient aussi l'appréciation des aides régionales à la lumière de l'article 87, paragraphe 3, point c), du traité CE.

(301) Conformément aux lignes directrices régionales, seules les aides d'État destinées à couvrir des coûts d'investissement peuvent en principe être prises en compte pour acceptation. Les aides au fonctionnement sont, en principe, interdites (point 4.15 des lignes directrices régionales); il est toutefois possible d'autoriser ce type d'aide pour des régions spécifiques, à condition qu'elles soient limitées dans le temps et progressivement diminuées <sup>(68)</sup>.

(302) L'aide ne peut pas être considérée comme une aide à l'investissement. L'aide à l'investissement est définie sur la base d'une liste des dépenses potentiellement éligibles, spécifiées aux points 4.5 et 4.6 des lignes directrices régionales. Les versements effectués sur la base des AAE couvrent clairement aussi d'autres dépenses. L'exemple le plus flagrant à cet égard est le fait que les accords garantissent la prise en charge des coûts énergétiques liés au fonctionnement des centrales électriques. Les AAE prévoient aussi la prise en charge des coûts de personnel. Il est évident que ces coûts n'entrent pas dans la liste des dépenses admissibles à une aide à l'investissement. Au contraire, ils correspondent aux dépenses courantes d'un opérateur et, de ce fait, entrent dans les dépenses de fonctionnement définies au point 4.15 des lignes directrices régionales.

(303) Les aides accordées sur la base des AAE ne s'inscrivent pas dans un cadre temporel raisonnable. La durée de validité des AAE est très longue, proche de la durée d'exploitation prévue d'une centrale électrique moyenne. Par ailleurs, les AAE ne contiennent aucune disposition prévoyant une diminution progressive du montant de l'aide. Les volumes d'achat d'électricité garantis ne diminuent pas alors que les prix sont indexés, ce qui signifie généralement qu'ils augmentent et ne sont soumis à aucune baisse. La garantie de bénéficiaire et sa durée ne diminuent pas non plus avec le temps.

<sup>(67)</sup> JO C 74 du 10.3.1998, p. 9.

<sup>(68)</sup> Le point 4.16 des lignes directrices régionales prévoit des dérogations à ce principe, limitées cependant aux régions ultrapériphériques et aux régions à faible densité de population, ce qui exclut les régions dans lesquelles les producteurs bénéficiant des AAE sont établis.

- (304) Compte tenu de ce qui précède, la Commission constate que l'aide ne peut pas bénéficier de la dérogation prévue par l'article 87, paragraphe 3, point a), du traité CE.
- (305) L'article 87, paragraphe 3, point b), du traité CE dispose que «peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre».
- (306) La Commission souligne que l'aide en question n'est pas destinée à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun.
- (307) Pour la Commission, rien ne montre non plus que l'aide est destinée à remédier à une perturbation grave de l'économie polonaise. La Commission reconnaît que l'électricité est un produit important pour l'économie de tout État membre et que, dans les années 90, il était nécessaire de moderniser ce secteur en Pologne.
- (308) Toutefois, la Commission est d'avis que la notion de «perturbation grave de l'économie d'un État membre» recouvre des cas bien plus graves. Une simple référence à des effets potentiels sur l'économie d'un État membre, comme le font les intéressés, n'est pas suffisante pour considérer que les dispositions susmentionnées du traité seraient applicables à une mesure donnée. Pour ce faire, il convient de présenter au moins une description et une analyse détaillées de la probabilité de voir de telles perturbations se produire et de l'ampleur de leurs conséquences.
- (309) Enfin, la Commission note que ce type de situation nécessite une action rapide, incompatible avec le long cycle des procédures d'appel d'offres et de négociation des AAE.
- (310) En conséquence, la Commission constate que l'aide ne peut pas bénéficier de la dérogation prévue par l'article 87, paragraphe 3, point b), du traité CE.
- (311) L'article 87, paragraphe 3, point d), du traité CE dispose que peuvent être considérées comme compatibles avec le traité CE les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure contraire à l'intérêt communautaire. Cette disposition ne s'applique clairement pas aux AAE.
- (312) L'article 87, paragraphe 3, point c), autorise les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun. La Commission a élaboré une série de lignes directrices et de communications interprétatives concernant la manière dont elle entend appliquer la dérogation contenue dans cet article.
- (313) Les intéressés ont invoqué l'application des lignes directrices régionales et de l'encadrement des aides d'État pour la protection de l'environnement (ci-après dénommées «encadrement environnemental»).
- (314) Les points 300 à 304 exposent les raisons pour lesquelles l'aide ne peut être considérée comme compatible avec le marché commun en application des lignes directrices régionales <sup>(69)</sup>.
- (315) La Commission observe que l'encadrement environnemental, comme les lignes directrices régionales, autorise avant tout les aides à l'investissement. L'aide au fonctionnement est limitée à des objectifs spécifiques. La première aide autorisée est celle en faveur de la gestion des déchets et des économies d'énergie (point E.3.1), qui peut être accordée pour une durée maximale de 5 ans. La deuxième est une aide sous la forme de réductions ou d'exonérations de taxes (point E.3.2). La troisième est une aide en faveur des énergies renouvelables (point E.3.3). Il est clair qu'aucun de ces cas ne s'applique en l'espèce.
- (316) Le quatrième et dernier type d'aide au fonctionnement qui peut être autorisé est l'aide en faveur de la production combinée d'électricité et de chaleur (point E.3.4). Certains des producteurs concernés produisent de la chaleur et de l'électricité. Toutefois, ni les autorités polonaises ni aucun producteur n'a montré que les installations remplissaient totalement les critères d'efficacité exigés dans l'encadrement environnemental. Qui plus est, la Pologne a présenté à la Commission des données montrant que seule une partie limitée de la production examinée peut être considérée comme compatible avec ces critères d'efficacité. La Commission est d'avis que cela rend impossible d'autoriser, sur la base des dispositions énoncées, une aide qui couvre l'ensemble de la production des installations visées.
- (317) De tous les documents énumérés au point 312, le seul qui pourrait être applicable en l'espèce est la méthodologie des coûts échoués. La méthodologie des coûts échoués concerne l'aide accordée aux opérateurs historiques qui ont construit des centrales électriques avant la libéralisation du secteur de l'électricité et qui pourraient rencontrer des difficultés à les exploiter dans un marché libéralisé.
- (318) Dans sa décision d'ouverture de la procédure, la Commission a soulevé un certain nombre de points mettant en doute la possibilité d'autoriser les AAE sur la base de la méthodologie des coûts échoués.
- (319) L'un d'eux concernait le fait que cette méthodologie prévoit que la Commission exprime la plus extrême réserve en ce qui concerne les aides visant à maintenir tout ou partie des revenus antérieurs à l'entrée en vigueur de la directive 96/92/CE sans prendre strictement en compte les coûts échoués éligibles qui pourraient résulter de l'introduction de la concurrence <sup>(70)</sup>.

<sup>(69)</sup> Les lignes directrices régionales se fondent sur l'article 87, paragraphe 3, point a), et sur l'article 87, paragraphe 3, point c), du traité CE. Elles prévoient le même type d'appréciation pour les deux dispositions. La différence dans leur application porte sur les régions concernées et sur l'intensité de l'aide autorisée.

<sup>(70)</sup> Point 4.8 de la méthodologie des coûts échoués.

(320) Les AAE visaient précisément à préserver l'essentiel des revenus antérieurs à l'entrée en vigueur de la directive 96/92/CE pour les producteurs et les installations concernés. Par ailleurs, ils concernaient des installations ayant une part de marché très importante et portaient sur une très longue durée, dépassant de loin le temps nécessaire à une adaptation raisonnable aux règles du marché.

(321) Compte tenu de ce qui précède, la Commission constate que les AAE ne remplissent pas les critères énoncés dans la méthodologie des coûts échoués. Ils contreviennent aux principes fondamentaux de cette méthodologie, qui devaient permettre une adaptation progressive, mais réelle, aux règles du marché.

(322) Les intéressés ont maintenu que les AAE pourraient être autorisés directement en vertu des dispositions de l'article 87, paragraphe 3, du traité CE. Ils invoquent le fait que les AAE favorisaient le développement du secteur polonais de l'énergie en attirant les investissements étrangers dans des installations de production d'électricité modernes et respectueuses de l'environnement. Les AAE devaient ainsi servir à «faciliter le développement de certaines activités économiques».

(323) La Commission note que les deux objectifs stratégiques susmentionnés (attirer les investissements et promouvoir la construction d'installations respectueuses de l'environnement) sont précisément les mêmes que ceux couverts par les lignes directrices régionales et l'encadrement environnemental. Elle a déjà analysé les AAE à la lumière de ces deux documents et est parvenue à la conclusion qu'ils n'étaient pas compatibles avec ces règles. La Commission estime que cela épuise les possibilités d'appliquer l'article 87, paragraphe 3, point c), pour autoriser les AAE.

(324) En conséquence, la Commission conclut que les AAE ne sont pas compatibles avec le marché commun.

#### 7.1.6. Cas particulier de Żarnowiecka Elektrownia Gazowa Sp. z o.o.

(325) L'AAE conclu avec Żarnowiecka Elektrownia Gazowa Sp. z o.o. a été résilié par PSE le 17 mai 2006 <sup>(71)</sup>, avant que la construction de la centrale électrique ne soit parvenue à un stade avancé. Compte tenu du fait que la centrale n'était pas encore entrée en fonction, la société n'a pas eu la possibilité de profiter de l'avantage conféré par l'AAE. Elle n'a donc pas bénéficié d'une aide d'État.

(326) En conséquence, la Commission est d'avis que cet AAE n'a conféré aucune aide à Żarnowiecka Elektrownia Gazowa Sp. z o.o.

<sup>(71)</sup> Lettre des autorités polonaises du 6 juin 2007.

## 7.2. Appréciation de la loi

(327) La Commission analyse ci-après les quatre critères cumulatifs permettant d'établir l'existence d'une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE.

### Ressources d'État et possibilité de les imputer à l'État

(328) La Commission a analysé l'origine des ressources utilisées pour effectuer les versements prévus par la loi. Elle a déterminé qu'elles proviendront d'un prélèvement fiscal institué par la loi elle-même.

(329) La loi impose ce prélèvement à tous les clients (article 8 de la loi) et son montant dépend de la puissance et des caractéristiques de connexion au réseau (articles 10 et 11 de la loi). Le montant du prélèvement est fixé par l'URE (article 12 de la loi). Le prélèvement collecté par les fournisseurs est versé sur le compte bancaire de Zarządca Rozliczeń S.A. Il s'agit d'une société spécifique, intégralement détenue par le Trésor public et contrôlée par celui-ci, instituée sur la base du titre 7 de la loi. Zarządca Rozliczeń S.A. utilise ces ressources pour les versements aux producteurs bénéficiaires de la loi, conformément aux dispositions du titre 4 de la loi, sous la surveillance administrative de l'URE.

(330) La Commission a analysé les caractéristiques de ce prélèvement à la lumière de sa pratique décisionnelle <sup>(72)</sup> et de la jurisprudence de la CJCE dans ce domaine <sup>(73)</sup> et a abouti aux conclusions suivantes.

(331) Premièrement, le prélèvement est une contribution obligatoire imposée par l'État à tous les clients.

(332) Deuxièmement, le produit de ce prélèvement est versé sur un compte appartenant à la société publique Zarządca Rozliczeń S.A., entièrement détenue par l'État. Parmi les 7 membres du conseil de surveillance de Zarządca Rozliczeń S.A., quatre, dont le président, sont désignés au niveau ministériel, deux par les présidents d'organismes publics (URE et l'autorité de protection de la concurrence et des consommateurs) et le dernier est choisi par l'assemblée générale des actionnaires, c'est-à-dire par l'opérateur public PSE. La Commission en conclut que Zarządca Rozliczeń S.A. est une société entièrement contrôlée par l'État. Cette conclusion est corroborée par le fait que Zarządca Rozliczeń S.A. fonctionne sous le contrôle de l'URE, qui est une agence publique. Le produit de ce prélèvement est donc géré par un organe entièrement contrôlé par l'État.

<sup>(72)</sup> Voir par exemple l'affaire n° N 161/04 — Portugal (JO C 250 du 8.10.2005, p. 9).

<sup>(73)</sup> Voir par exemple l'arrêt du 2 juillet 1974 dans l'affaire 173/73, Italie/Commission, et l'arrêt du 22 mars 1977 dans l'affaire 78/76, *Steinike & Weinlig*/Allemagne.

(333) Troisièmement, Zarządca Rozliczeń S.A. utilise les ressources collectées pour effectuer des versements au bénéfice de certains producteurs, conformément aux dispositions arrêtées par l'État dans la loi. Conformément à la loi, Zarządca Rozliczeń S.A. verse aux producteurs des montants couvrant les coûts échoués, sous la forme d'avances sur ces coûts pour une année donnée et de corrections annuelles.

(334) Compte tenu des trois observations formulées ci-dessus, la Commission conclut que le produit du prélèvement constitue des ressources d'État.

#### Avantage économique

(335) La loi prévoit le versement de certaines sommes aux centrales électriques qui choisiront de recourir au mécanisme qu'elle institue. En échange, ces centrales résilient les AAE conclus avec PSE.

(336) Les versements prévus par la loi permettent d'atténuer la charge que représentent les coûts échoués pour les centrales électriques habilitées. La formule de calcul des montants à verser inclut en particulier la prise en charge par l'État des pertes découlant de certains types de coûts, ainsi que des coûts d'amortissement et des coûts énergétiques, si les revenus tirés du marché se révèlent insuffisants pour leur prise en charge, à des conditions fortement susceptibles de se trouver réunies dans une situation économique normale. Cela signifie que, sous réserve de ces conditions, les versements effectués par l'État couvrent des dépenses que les producteurs devraient normalement prendre en charge dans des conditions normales de marché. Ces versements leur confèrent ainsi un avantage économique.

(337) Les intéressés avancent que les versements ne confèrent pas d'avantage car ils ne sont qu'une compensation équitable pour la résiliation des AAE. Cette argumentation repose sur le principe que les AAE en tant que tels ne confèrent aucun avantage économique, ce qui est faux, ainsi qu'il a été démontré au point 7.1.1.

#### Sélectivité

(338) Les bénéficiaires de la loi étant les centrales électriques qui bénéficient des AAE, il convient ici d'invoquer les mêmes arguments que ceux exposés aux points 254 à 257.

#### Distorsion de concurrence et incidence sur les échanges

(339) La loi confère un avantage à de nombreuses sociétés opérant sur le marché de la production d'énergie. Dans l'Union européenne, ce marché est libéralisé. Les mesures favorisant des entreprises du secteur de l'énergie dans un État membre sont susceptibles de porter atteinte à la capacité qu'ont les entreprises d'autres États membres à exporter de l'électricité vers celui-ci, ou de favoriser les

exportations d'électricité vers ces derniers. Ceci vaut en particulier pour la Pologne, qui occupe une position centrale en Europe et qui est raccordée ou peut être facilement raccordée à plusieurs États membres.

(340) L'avantage concurrentiel qui découle de la loi est susceptible de créer une distorsion de concurrence et d'affecter les échanges entre États membres.

(341) Compte tenu de ce qui précède, la Commission considère que le mécanisme de compensation prévu par la loi constitue une aide d'État.

#### 7.2.1. Octroi de l'aide conformément au droit

(342) La loi est entrée en vigueur le 4 août 2007. Dans ce contexte, la Commission note que, conformément à l'article 6, paragraphe 1, de la loi, les producteurs qui décident de bénéficier de ce mécanisme reçoivent des fonds pour couvrir les coûts échoués uniquement après la conclusion d'un accord de résiliation. Par ailleurs, en vertu de l'article 22, paragraphe 4, de la loi, la première tranche de l'avance sur les coûts échoués est versée aux producteurs admissibles au plus tard le cinquième jour du mois qui suit l'écoulement de 120 jours à compter de la date à laquelle la résiliation de l'AAE est intervenue sur la base d'un accord de résiliation. En conséquence, il n'est pas possible de considérer la date d'entrée en vigueur de la loi comme la date d'octroi de l'aide aux producteurs, c'est-à-dire la date à laquelle le bénéficiaire a reçu le droit juridiquement contraignant de bénéficier d'une aide. La Commission ne considère donc pas que l'entrée en vigueur de la loi avant l'adoption de la présente décision constitue une infraction à la procédure visée à l'article 88, paragraphe 3, du traité CE.

#### 7.2.2. Appréciation de la compatibilité

(343) L'article 87, paragraphe 1, du traité CE prévoit une interdiction générale d'octroi d'aides d'État sur le territoire de la Communauté.

(344) L'article 87, paragraphe 3, point c), prévoit la possibilité d'autoriser les aides destinées à faciliter le développement de certains secteurs économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun. La Commission a élaboré une série de lignes directrices et de communications interprétatives concernant la manière dont elle entend appliquer la dérogation contenue dans cet article.

(345) La méthodologie des coûts échoués est destinée à analyser les aides accordées aux opérateurs historiques du secteur de l'électricité, dans un contexte où certaines décisions prises par ces opérateurs avant la libéralisation du marché ont perdu leur raison d'être économique après la libéralisation.

(346) Le point 3, premier alinéa, de la méthodologie des coûts échoués indique clairement que les coûts échoués «peuvent

dans les faits recouvrir des formes diverses: contrats d'achat à long terme, investissements réalisés avec une garantie implicite ou explicite de débouchés, investissements en dehors de l'activité normale, etc.». En l'espèce, l'aide est destinée à des investissements consacrés à la modernisation ou au développement de centrales électriques, pour lesquelles les AAE jouent le rôle de garantie directe de débouchés. Cette méthodologie s'applique aussi aux effets des accords d'achat à long terme conclus par des centrales fonctionnant au gaz. Sur la base de ce qui précède, la Commission estime que l'aide relève tout à fait du champ d'application de la méthodologie des coûts échoués. La Commission a donc analysé l'aide à la lumière de cette méthodologie.

- (347) La méthodologie des coûts échoués prévoit une appréciation de l'aide destinée à compenser les coûts échoués en deux étapes. La première étape, décrite au point 3 de la méthodologie, concerne la définition des coûts éligibles, qui inclut en particulier le calcul du montant maximum de compensation qui peut être accordé. La seconde étape, décrite au point 4 de la méthodologie, concerne le mécanisme de calcul de la compensation réelle qui sera versée au titre des coûts échoués, en tenant compte du développement d'une concurrence véritable sur le marché.
- (348) La Commission a d'abord analysé si l'aide remplissait les conditions énoncées aux points 3.1 à 3.12 de la méthodologie des coûts échoués.
- (349) Conformément au point 3.1 de la méthodologie des coûts échoués, le montant maximum de compensation versé doit tenir compte uniquement des investissements achevés avant la date d'entrée en vigueur de la directive 96/92/CE en Pologne, c'est-à-dire le jour de l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne, ainsi que de la quantité de gaz commandée avant cette date dans le cadre de contrats d'enlèvement ferme. Dans des cas exceptionnels, il a également été tenu compte d'investissements décidés avant la date de l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne et pas encore achevés à cette date, mais uniquement pour autant que la Pologne ait pu démontrer à la Commission que mener ces investissements à bien et les exploiter permettrait de réduire davantage les coûts échoués que stopper les travaux.
- (350) Conformément au point 3.2 de la méthodologie des coûts échoués, la réalité et la validité des garanties d'exploitation accordées aux producteurs sont indiscutables, étant donné qu'elles sont explicitement mentionnées dans les AAE.
- (351) Conformément au point 3.3 de la méthodologie des coûts échoués, les investissements concernés sont très importants et susceptibles d'engendrer des pertes considérables. Sont aussi concernés les contrats à long terme de type «enlèvement ferme». La Commission estime que si ces pertes n'étaient pas compensées d'une manière ou d'une autre, elles pourraient, en raison de leur ampleur, menacer la poursuite du fonctionnement des entreprises intéressées. Cette conclusion est aussi étayée par la réaction des institutions qui ont financé les investissements, qui ont indiqué à la Commission que l'absence de compensation

adéquate pouvait être considérée comme un non-respect des arrangements financiers, compte tenu du risque de faillite important auquel l'entreprise concernée est exposée.

- (352) La Commission tient également compte du fait que l'influence des coûts échoués doit être appréciée au niveau des groupes consolidés. Cela permet de tenir compte de manière adéquate de tous les effets de la libéralisation sur le groupe, tant positifs que négatifs. Ce mécanisme conduit à l'exclusion des nouveaux investissements, pour autant qu'il ne s'agisse clairement pas d'investissements de remplacement. Par ailleurs, la Commission estime que les nouveaux investissements dans le secteur revêtent une importance fondamentale pour le bon fonctionnement du marché et qu'ils ne peuvent pas être stoppés en raison des compensations au titre des coûts échoués.
- (353) Conformément au point 3.4 de la méthodologie des coûts échoués, les montants que les bénéficiaires destinent aux investissements sont irrévocables. Il n'existe aucune autre possibilité de récupérer les coûts investis dans une centrale électrique qu'en exploitant cette dernière ou en la vendant à un prix qui ne peut être supérieur au chiffre d'affaires que la centrale concernée peut réaliser en vendant son électricité sur le marché. Les contrats d'enlèvement ferme ne peuvent pas non plus être résiliés de manière unilatérale par les producteurs.
- (354) Conformément au point 3.5 de la méthodologie, les coûts échoués associés à des investissements dans une centrale électrique ne sont pas liés à des accords bilatéraux. En conséquence, examiner si ces coûts découlent de garanties liant deux sociétés appartenant à un même groupe n'a pas de sens. Les coûts échoués associés à des contrats d'enlèvement ferme ne lient pas les sociétés appartenant à un seul et même groupe.
- (355) Conformément au point 3.6 de la méthodologie des coûts échoués, les autorités polonaises ont fourni à la Commission la liste des coûts qui doivent être couverts par les compensations lorsque les revenus d'une centrale électrique n'y suffisent pas. Après analyse de ces catégories de coûts, la Commission est parvenue à la conclusion que les compensations ne dépasseront pas le montant nécessaire pour combler l'insuffisance du retour sur investissement pendant la période d'exploitation des nouveaux actifs, majoré s'il y a lieu d'une marge bénéficiaire raisonnable. Lors du calcul du montant maximum de compensation, un grand nombre d'hypothèses économiques entrent en jeu, notamment, entre autres, le prix de base sur le marché, qui correspond au prix qu'un opérateur entrant sur le marché polonais serait prêt à offrir. À cet égard, on part de l'hypothèse que la source d'énergie primaire de cet opérateur sera le charbon. La Commission a vérifié la compatibilité de cette hypothèse concernant la source d'énergie avec les tendances actuelles des nouveaux investissements dans ce secteur en Pologne; elle a aussi vérifié si les réserves de charbon en Pologne étaient suffisantes pour que cette tendance puisse se maintenir à l'avenir. Si le prix réel du marché est inférieur au prix de base anticipé, c'est ce dernier qui est pris en compte aux

fins du calcul de la compensation. La Commission estime que ce mode de calcul des compensations au titre des coûts échoués, identique à celui qu'elle applique de manière constante <sup>(74)</sup>, tient compte des coûts économiques, qui correspondent aux montants effectivement investis. Les compensations pour des contrats du type enlèvement ferme ont été calculées en tenant compte des volumes effectivement acquis et des meilleures estimations concernant la fluctuation des prix dans les contrats.

- (356) Conformément au point 3.7 de la méthodologie des coûts échoués, le mode de calcul des compensations tient compte des revenus générés par les actifs concernés. En effet, le montant maximum de compensation est obtenu après déduction des revenus tirés des actifs dans le passé et disponibles pour couvrir les coûts des investissements, ainsi que des flux financiers des centrales électriques entre 2007 et la date d'expiration des AAE, disponibles pour couvrir les coûts des investissements. Tous ces revenus sont pris en compte depuis la date de conclusion des AAE et toutes les aides d'État reçues depuis le 1<sup>er</sup> mai 2004 sont, par nécessité, incluses dans les montants déduits.
- (357) Conformément au point 3.8 de la méthodologie des coûts échoués, la valeur de l'aide versée par le passé aux actifs concernés, et en particulier l'aide à l'investissement, a été déduite du montant maximum de compensation.
- (358) Conformément au point 3.9 de la méthodologie des coûts échoués, il est dûment tenu compte, aux fins du calcul des coûts échoués, de l'évolution effective des prix de l'électricité. Les ajustements périodiques du montant des compensations tiendront compte des différences entre la prévision de prix utilisée aux fins du calcul du montant maximum de compensation et le prix réel de l'électricité. Le calcul du montant effectif des compensations versées pour des contrats d'enlèvement ferme tient compte de la consommation effective de gaz et du prix réel de cette matière première, ainsi que du prix réel auquel les sociétés ont vendu l'électricité qu'elles ont produite.
- (359) Conformément au point 3.10 de la méthodologie des coûts échoués, le calcul du montant maximum de compensation prend en compte les coûts amortis avant l'entrée en vigueur de la directive 96/92/CE en Pologne.
- (360) Conformément au point 3.11 de la méthodologie des coûts échoués, les compensations ont été calculées en prenant en compte la solution la plus économique du point de vue de l'État. Pour les actifs dont la construction a débuté avant l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne mais n'a pas été achevée avant l'adhésion, la Pologne a indiqué que le montant maximum de compensation a été calculé sur la base du moins coûteux des deux scénarios éventuels, à savoir achever la construction et exploiter les nouveaux actifs à des fins commerciales ou arrêter les travaux de construction. De même, le mécanisme de compensation des coûts échoués associés à des contrats d'enlèvement ferme a été conçu de manière à inciter les producteurs à exploiter réellement les centrales électriques afin de réduire

le montant global des coûts échoués plutôt qu'à cesser la production et à s'acquitter de l'intégralité des amendes, ce qui entraînerait des coûts échoués nettement supérieurs. La Commission a analysé une série de scénarios présentés par la Pologne afin de déterminer dans quelle mesure le mécanisme en question contribue à réduire le montant global des compensations. Enfin, si le volume de gaz commandé dans le cadre d'un contrat d'enlèvement ferme est renégocié et réduit dans le cadre du fonctionnement du mécanisme de compensation, le montant effectif des versements au titre des compensations sera réduit en proportion.

- (361) Conformément au point 3.12 de la méthodologie des coûts échoués, la période de versement des compensations s'étend jusqu'en 2027. Le point 3.12 dispose que «les coûts que devraient subir certaines entreprises au-delà de l'horizon indiqué à l'article 26 de la directive 96/92/CE (18 février 2006) ne peuvent en principe pas constituer des coûts échoués éligibles au sens de la présente méthodologie». Toutefois, dans la note de bas de page n° 5 de la méthodologie des coûts échoués, la Commission précise: «Étant entendu que les investissements non récupérables ou non économiquement viables du fait de la libéralisation du marché intérieur de l'électricité peuvent constituer des coûts échoués au sens de la présente méthodologie, y compris quand leur durée de vie doit en principe s'étendre au-delà de 2006. Par ailleurs, les engagements ou garanties qui doivent impérativement continuer d'être honorés au-delà du 18.2.2006 sous peine de risques majeurs en ce qui concerne la protection de l'environnement, la sécurité des personnes, la protection sociale des travailleurs et la sécurité du réseau électrique peuvent, pour autant que cela soit dûment justifié, constituer des coûts échoués éligibles selon la présente méthodologie».
- (362) Les coûts échoués visés par la loi sont étroitement liés à des investissements réalisés dans des centrales qui ne peuvent être récupérés du fait de la libéralisation du marché intérieur de l'électricité. Cela concerne aussi les contrats d'enlèvement ferme qui, en particulier, ont été conclus pour approvisionner les centrales électriques bénéficiant d'un AAE en tenant compte de la quantité d'électricité concernée par les AAE. Sur la base de la note de bas de page n° 5 citée ci-dessus, la Commission peut autoriser la prolongation des compensations au-delà du délai prévu si elle considère que les circonstances le justifient.
- (363) La Commission souligne que les investissements concernés sont des investissements dans des centrales électriques. Il s'agit d'investissements exceptionnellement longs (entre 15 et 30 ans), dans lesquels l'évolution des prix de l'électricité, bien que difficile à prévoir joue un rôle primordial, en particulier au cours de la transition vers un marché entièrement libéralisé. Il n'est pas possible de récupérer les coûts de ces investissements si les prix de l'électricité sont inférieurs aux prix anticipés au moment de la construction des centrales.

<sup>(74)</sup> Voir en particulier l'affaire NN 49/99 — Coûts échoués en Espagne (JO C 268 du 22.9.2001, p. 7).

- (364) Dans ces conditions, la Commission est d'avis que, comme dans les affaires antérieures concernant la Grèce <sup>(75)</sup> et le Portugal <sup>(76)</sup>, la note de bas de page n° 5 de la méthodologie des coûts échoués s'applique à ces coûts échoués spécifiques et justifie l'octroi de compensations après 2006, jusqu'à l'expiration des AAE initiaux.
- (365) Compte tenu de ce qui précède, la Commission estime que la loi remplit les critères énoncés aux points 3.1 à 3.12 de la méthodologie des coûts échoués. Les compensations maximales au titre des coûts échoués ne dépassent pas le niveau que permet cette méthodologie. À la lumière des dispositions de cette dernière, il convient donc de considérer ces coûts comme éligibles.
- (366) La Commission a analysé si l'aide remplissait les conditions prévues aux points 4.1 à 4.6 de la méthodologie des coûts échoués.
- (367) Conformément au point 4.1 de la méthodologie des coûts échoués, les montants maximum de compensation ont été calculés pour des centrales électriques et des contrats d'enlèvement ferme clairement définis et individualisés. Les compensations réellement versées ne dépasseront pas ces montants maximum.
- (368) Conformément au point 4.2 de la méthodologie des coûts échoués, le montant des compensations effectivement versées tiendra compte de l'évolution réelle des données économiques fondamentales, en particulier du prix de l'électricité et du volume de gaz acheté dans le cadre de contrats d'enlèvement ferme. À titre d'exemple, si les prix réels de l'électricité diffèrent du prix de base sur le marché visé au point 355, le montant des compensations réelles sera réduit en conséquence. De même, les montants des compensations réelles au titre de contrats d'enlèvement ferme tiendront compte des conditions effectives dans lesquelles les producteurs concernés achètent le gaz et vendent leur électricité sur le marché.
- (369) Conformément au point 4.3 de la méthodologie des coûts échoués, les autorités polonaises se sont engagées à présenter à la Commission un rapport annuel sur la mise en œuvre de la loi.
- (370) Conformément au point 4.4 de la méthodologie des coûts échoués, le prix de base sur le marché visé au point 355 augmente considérablement avec le temps, ce qui conduit à une situation dans laquelle le montant des compensations versées diminuera dans une certaine mesure, ce que la Commission considère comme un élément positif.
- (371) Conformément au point 4.5 de la méthodologie des coûts échoués, le montant maximum de compensation versé à une entreprise donnée est spécifié à l'avance. Il tient compte des résultats futurs des bénéficiaires qui découleront de gains de productivité. La notification indiquait en particulier comment, lors du calcul des coûts échoués, il sera tenu compte de l'évolution de divers facteurs économiques (tels que les prix, la part de marché et d'autres facteurs utiles indiqués par les États membres et mentionnés dans la méthodologie).
- (372) Conformément au point 4.6 de la méthodologie des coûts échoués, les autorités polonaises se sont engagées à ne verser aucune aide au sauvetage et à la restructuration aux sociétés qui bénéficient de la loi pendant les dix années qui suivent le dernier versement en faveur des entreprises concernées. Cette période qui, pour certaines sociétés, s'étend jusqu'en 2037, a été fixée conformément au principe de la non-réurrence, conforme à l'interprétation présentée par la Commission au point 73 des lignes directrices communautaires concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté <sup>(77)</sup>. La Commission est d'avis que cette solution prévient aussi de manière suffisante la possibilité de cumul indu des aides dans le cadre de la méthodologie des coûts échoués.
- (373) Compte tenu de ce qui précède, la Commission estime que la loi remplit les critères énoncés aux points 4.1 à 4.6 de la méthodologie des coûts échoués. En conséquence, la méthode de décaissement des montants effectifs de compensation au titre des coûts échoués est compatible avec la méthodologie des coûts échoués.
- (374) Dans ces conditions, la Commission estime que la loi est compatible avec la méthodologie des coûts échoués. Les aides destinées à compenser les coûts échoués éligibles remplissent les critères énoncés dans la méthodologie des coûts échoués et peuvent donc être considérées comme compatibles avec le marché commun.
- (375) Les producteurs d'électricité bénéficiaires de la loi seraient en droit de recevoir des aides d'État conformément à la méthodologie des coûts échoués à compter du 1<sup>er</sup> mai 2004. La loi prévoit un mécanisme de compensations pour l'avenir, mais lors du calcul du montant maximum de compensation, elle tient aussi compte des montants d'aide déjà reçus par les producteurs. Conformément à l'annexe 2 de la loi, le montant maximum de compensation est obtenu après déduction des revenus tirés des actifs dans le passé et disponibles pour couvrir les coûts des investissements. Ainsi qu'il est expliqué au point 356, toutes les aides d'État reçues depuis le 1<sup>er</sup> mai 2004 entrent dans les revenus déduits. Considérant que la loi est compatible avec le marché commun, la Commission considère comme également compatibles avec le marché commun les montants d'aide perçus par les bénéficiaires depuis le 1<sup>er</sup> mai 2004.

<sup>(75)</sup> Aide d'État n° N 133/01 — Coûts échoués en Grèce (JO C 9 du 15.1.2003, p. 6).

<sup>(76)</sup> Voir note 72 de bas de page.

<sup>(77)</sup> JO C 244 du 1.10.2004, p. 2.

7.2.3. *Cas particulier des sociétés Dalkia Poznań Zespół Elektrociepłowni S.A. et Electrabel Połaniec S.A*

(376) Deux AAE, conclus avec Dalkia Poznań Zespół Elektrociepłowni S.A. et Electrabel Połaniec S.A., ont expiré le 31 décembre 2006. De ce fait, ces deux centrales électriques ne sont pas concernées par la loi. Dans la mesure où aucun de ces deux AAE n'est concerné par la loi, ils ne sont pas non plus couverts par la présente décision et la Commission publiera une décision distincte pour ces deux sociétés.

## 8. CONCLUSION

(377) La Commission conclut que:

a) les AAE constituent des aides d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE, à l'exception de l'AAE conclu avec Żarnowiecka Elektrownia Gazowa Sp. z o.o., et que ces aides ne sont pas compatibles avec le marché commun;

b) la loi constitue une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE, mais que cette aide est compatible avec le marché commun en vertu de l'article 87, paragraphe 3, point c), du traité CE.

(378) Ainsi qu'il a été expliqué au point 7.1.1, les aides d'État prévues dans les AAE reposent principalement sur le fait que les AAE garantissent l'achat d'une certaine quantité d'électricité par PSE à un prix couvrant tous les coûts de production.

(379) Ces aides n'étant pas compatibles avec le traité CE, il convient d'y mettre fin. Les dispositions concernant la garantie de revenu et la garantie de prise en charge des coûts constituant une partie fondamentale des AAE, la Commission estime que seule la résiliation de ces accords permettra de mettre fin à ces aides d'État.

(380) La Commission estime que la résiliation des AAE exigera des parties une charge de travail importante, en particulier pour arrêter les modalités de résiliation. Elle est d'avis que, pour garantir un niveau adéquat de sécurité d'approvisionnement en électricité et pour que la transition vers un marché entièrement libéralisé se passe dans de bonnes conditions en Pologne, il est nécessaire de prévoir un délai raisonnable pour la réalisation de ce processus. Les objectifs susmentionnés sont aussi dans l'intérêt de la Communauté.

(381) Pendant l'élaboration de la loi, dans le cadre de la procédure législative nationale, la Pologne a consulté tous les intéressés sur des questions techniques liées à la résiliation volontaire des AAE. En conséquence, le délai fixé par la loi pour conclure les accords de résiliation des AAE s'élève à 150 jours à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi, à savoir le 1<sup>er</sup> janvier 2008. La Commission estime que ce délai est également adéquat pour la résiliation des AAE

exigée par la présente décision. Elle estime que, conformément à l'article 5 de la loi, la résiliation effective des AAE interviendra le premier jour du mois qui suit l'écoulement de 210 jours à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi (c'est-à-dire le 1<sup>er</sup> avril 2008).

(382) Ainsi qu'il est expliqué aux points 356 et 375, les aides perçues depuis le 1<sup>er</sup> mai 2004 sont couvertes par la loi et, en conséquence, considérées comme compatibles avec le marché commun.

(383) Dans le cas particulier de Żarnowiecka Elektrownia Gazowa Sp. z o.o., la Commission considère que la centrale électrique n'a pas bénéficié d'une aide d'État dans le cadre de son AAE.

(384) Les AAE conclus avec Dalkia Poznań Zespół Elektrociepłowni S.A. et Electrabel Połaniec S.A. ne sont pas concernés par la présente décision. La Commission publiera une décision distincte pour ces deux sociétés,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

### Article premier

1. Les accords d'achat d'électricité à long terme conclus entre Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. et les sociétés énumérées dans l'annexe 1 de la loi sur les conditions de prise en charge des coûts supportés par les producteurs en liaison avec la résiliation d'accords d'achat d'électricité à long terme (ci-après dénommée «la loi») constituent, à compter de l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne, une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE en faveur des producteurs d'électricité.

2. L'aide d'État visé au paragraphe 1 constitue une aide illégale et incompatible avec le marché commun.

### Article 2

1. La Pologne résilie les accords d'achat d'électricité à long terme visés à l'article 1<sup>er</sup>.

2. Les accords de résiliation des accords d'achat d'électricité à long terme sont conclus avant le 1<sup>er</sup> janvier 2008 et entrent en vigueur au plus tard le 1<sup>er</sup> avril 2008.

### Article 3

L'accord d'achat d'électricité à long terme conclu entre Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. et Żarnowiecka Elektrownia Gazowa sp. z o.o. ne constitue pas une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE.

### Article 4

1. Les compensations prévues par la loi constituent une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE, en faveur des producteurs énumérés dans l'annexe 2 de ladite loi.

2. L'aide d'État visée au paragraphe 1 est compatible avec le marché commun en vertu de la méthodologie des coûts échoués.

3. Le montant maximum de compensation prévu par la loi est obtenu après déduction de l'ensemble des revenus générés par les actifs dans le cadre des accords d'achat à long terme et disponibles pour la prise en charge des coûts d'investissement.

*Article 5*

1. La Pologne informe la Commission, avant le 31 janvier 2008, des mesures prises pour se conformer à la présente décision.

2. Les autorités polonaises présentent à la Commission un rapport annuel sur la mise en œuvre de la loi.

*Article 6*

La République de Pologne est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 25 septembre 2007.

*Par la Commission*

Neelie KROES

*Membre de la Commission*

---