RETTENS DOM (Tredje Afdeling)

15. december 2009 *

I sag T-156/04,

Électricité de France (EDF), Paris (Frankrig), ved avocat M. Debroux,

sagsøger,

støttet af:

Den Franske Republik ved G. de Bergues og A.-L. Vendrolini, som befuldmægtigede,

intervenient,

* Processprog: fransk.

mod

Europa-Kommissionen ved J. Buendía Sierra og C. Giolito, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

støttet af:

Iberdrola, SA, Bilbao (Spanien), ved advokaterne J. Ruiz Calzado og É. Barbier de La Serre,

intervenient,

angående en påstand om annullation af artikel 3 og 4 i Kommissionens beslutning om støtte til EDF og elektricitets- og gassektoren (C 68/2002, N 504/2003 og C 25/2003), der blev vedtaget den 16. december 2003,

har

RETTEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Azizi, og dommerne E. Cremona og S. Frimodt Nielsen (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig C. Kristensen,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 25. november 2008,

afsagt følgende

Dom

Retsforskrifter

Bestemmelser i EF-traktaten

1 Efter artikel 87, stk. 1, EF er — bortset fra de i traktaten hjemlede undtagelser — statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med fællesmarkedet i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.

2 I artikel 88, stk. 1 og 2, EF bestemmes:

»1. Kommissionen foretager sammen med medlemsstaterne en løbende undersøgelse af de støtteordninger, som findes i disse stater. Den foreslår dem sådanne foranstaltninger, som fællesmarkedets funktion eller gradvise udvikling kræver.

2. Finder Kommissionen — efter at have givet de interesserede parter en frist til at fremsætte deres bemærkninger — at en støtte, som ydes af en stat eller med statsmidler, ifølge artikel 87 ikke er forenelig med fællesmarkedet, eller at denne støtte misbruges, træffer den beslutning om, at den pågældende stat skal ophæve eller ændre støtteforanstaltningen inden for den tidsfrist, som Kommissionen fastsætter.«

Forordning (EF) nr. 659/1999

3 I artikel 1, litra b), i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af [artikel 88 EF] (EFT L 83, s. 1) bestemmes:

»[…] ved […] »eksisterende støtte« [forstås:]

i) […] enhver form for støtte, der eksisterede inden traktatens ikrafttræden i den pågældende medlemsstat, dvs. støtteordninger og individuel støtte, som var trådt i kraft før og er blevet fortsat efter traktatens ikrafttræden

[…]

v) støtte, som anses for at være en eksisterende støtte, fordi det kan godtgøres, at der ikke var tale om støtte, da den blev indført, men at den blev en støtte på grund af udviklingen på fællesmarkedet, uden at medlemsstaten havde foretaget nogen ændringer. Når visse foranstaltninger bliver en støtte som følge af en liberalisering af en aktivitet ved fællesskabslovgivning, betragtes sådanne foranstaltninger ikke som eksisterende støtte efter den dato, der er fastsat for liberaliseringen«.

4 I artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 659/1999 bestemmes, at Kommissionens beføjelser til at kræve tilbagebetaling af støtte forældes efter ti år.

5 Ifølge artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 659/1999 løber forældelsesfristen fra det tidspunkt, hvor den ulovlige støtte tildeles støttemodtageren.

6 I artikel 20, stk. 1, i forordning nr. 659/1999 bestemmes, at alle interesserede parter ifølge artikel 6 kan fremsætte bemærkninger, efter at Kommissionen har besluttet at indlede den formelle undersøgelsesprocedure.

Relevant fransk ret

7 I artikel 38, stk. 2, i code général des impôts (den almindelige lov om skatter og afgifter) bestemmes:

»Nettoresultatet er forskellen mellem nettoværdien af aktiverne ved afslutningen og begyndelsen af den periode, for hvilken overskuddet udgør den skattepligtige indkomst, med fradrag af yderligere indskud og med tillæg af udlodninger i denne periode til indehaveren eller selskabsdeltagerne. Ved nettoaktiver forstås det beløb, hvorved nettoaktiverne overstiger den del af de samlede passiver, der udgøres af gæld til tredjemand, dokumenterede afskrivninger og hensættelser.«

8 I artikel 4, stk. I og II, i lov nr. 97-1026 af 10. november 1997 om skattemæssige og økonomiske hasteforanstaltninger (JORF af 11.11.1997, s. 16387) bestemmes:

»I. Électricité de France anses for ejer af de af højspændingsforsyningsnettet omfattede anlæg fra det tidspunkt, hvor virksomheden blev meddelt koncession på dette net.

II. Med henblik på anvendelsen af bestemmelserne i [stk.] I opføres pr. 1. januar 1997 modværdien af de af højspændingsforsyningsnettet omfattede koncessionerede aktiver, som er opført på passivsiden på EDF's balance, efter fradrag af de dertil svarende opskrivningsbeløb, under posten »Kapitaltilførsler«.«

Tvistens baggrund

Sagens generelle sammenhæng

9 Sagsøgeren, Électricité de France (EDF), producerer, transporterer og distribuerer elektricitet på hele Frankrigs område.

10 Da beslutningen om at indlede proceduren efter artikel 88, stk. 2, EF blev vedtaget i 2002, var EDF ejet fuld ud af staten, bestyrelsesformanden blev udnævnt af den franske premierminister, og virksomhedens politik blev fastlagt i tæt samarbejde med den franske energiminister.

11 EDF blev stiftet ved lov nr. 46-628 af 8. april 1946 om nationalisering af elektricitets- og gasindustrien (JORF af 9.4.1946, s. 2651), hvorved den franske elektricitetssektor blev nationaliseret. EDF blev stiftet med status som offentlig industri- og handelsvirksomhed.

12 I artikel 36 i lov nr. 46-628 blev det princip fastlagt, at de nationaliserede elektricitetskoncessioner skulle overføres til EDF, og det bestemtes, at det påhvilede koncessionshaveren at overholde den nye type koncessionsvilkår, der skulle indføres i henhold til samme lovs artikel 37.

13 I 1958 blev de forskellige koncessioner, staten havde meddelt på transport af elektricitet, samlet i én enkelt koncession, der benævntes »højspændingsforsyningsnettet« (réseau d'alimentation générale, herefter »RAG«); vilkårene for koncessionen blev godkendt ved bekendtgørelse nr. 56-1225 af 28. november 1956 (JORF af 4.12.1956, s. 11562).

14 I koncessionsvilkårenes artikel 2 angives, hvilke aktiver der indgår i koncessionen (ledninger, stationer osv.), og i vilkårenes artikel 8 bestemmes, at det påhviler EDF »for egen regning at udføre alle de vedligeholdelses- og fornyelsesarbejder, som er nødvendige for, at de af koncessionen omfattede anlæg til stadighed er i funktionsdygtig stand«.

15 Siden en ændring, der blev gennemført ved bekendtgørelse af 23. december 1994 (JORF af 28.12.1994, s. 18564), har koncessionsvilkårenes artikel 2 haft følgende ordlyd:

»Koncessionen omfatter sådanne eksisterende og endnu ikke opførte elektricitetsledninger, -stationer og anlæg i almindelighed, som er nødvendige for, at koncessionshaveren kan udøve sin virksomhed med hensyn til at transportere og levere elektrisk energi, bortset fra produktionsanlæg.

[…]«

16 RAG-koncessionen adskilte sig imidlertid tidligere fra andre former for koncessioner ved, navnlig, for det første ikke at indeholde bestemmelser om, hvilken ejendomsretlig ordning de koncessionerede aktiver var omfattet af, for det andet ikke at indeholde nogen klausul om, på hvilken måde de koncessionerede aktiver skulle tilbageleveres, og for det tredje at være af usædvanlig lang varighed, nemlig 75 år.

17 Da der ikke fandtes særlige regnskabsregler for koncessioner, har EDF siden 1946, i forståelse med Conseil national de la comptabilité (det nationale råd for regnskabsaflæggelse, herefter »CNC«), betragtet sig som ejer af RAG.

18 Til og med 1986 blev aktiver, som udgjorde en del af RAG, derfor opført som EDF's eneejendom på aktivsiden på virksomhedens balance og var genstand for en almenretlig regnskabsmæssig behandling, idet afskrivning blev foretaget efter »metoden med den historiske pris«, hvilket indebar en lineær afskrivning over hele anlæggenes levetid.

19 At EDF blev omfattet af den almindelige regnskabsplan af 1982, der indeholdt særlige regnskabsregler for koncessioner, førte i 1987 til, at den regnskabsmæssige behandling af RAG blev ændret for at efterkomme de anvisninger, CNC havde fremsat i sin »Vejledning for koncessioner« i 1975.

20 Det drejede sig om at tage hensyn til de særlige krav, der skal opfyldes af koncessionshavere, som det i medfør af »princippet om de offentlige tjenesters varige bestående« påhviler at tilbagelevere de koncessionerede aktiver i funktionsdygtig stand ved koncessionens udløb.

21 Ud over at den almindelige regnskabsplan af 1982 forpligtede koncessionshaveren til at opføre koncessionerede materielle anlægsaktiver i en særlig rubrik på aktivsiden på virksomhedens balance, indeholdt planen følgende princip:

»Det skal tilstræbes, at opretholdelsen af de koncessionerede aktivers produktionsevne på det niveau, den offentlige tjeneste kræver, sker ved afskrivning eller, eventuelt, passende hensættelser. I den udstrækning et anlægs nytteværdi kan opretholdes ved en passende vedligeholdelse, foretages der ikke under koncessionshaverens driftsudgifter afskrivning på grund af værdiforringelse for det pågældende anlæg. De hensættelser, der kan foretages med henblik på opretholdelse af produktionsevnen, er hensættelser til fornyelse.«

22 I medfør af den almindelige regnskabsplan af 1982 blev der indført en særlig regnskabsplan for EDF. Denne plan opnåede en samstemmende udtalelse fra CNC af 19. december 1984 og blev derpå godkendt ved tværministeriel bekendtgørelse af 21. december 1986 (JORF af 30.12.1986, s. 15794).

23 RAG blev i overensstemmelse med den særlige regnskabsplan for EDF opført på aktivsiden på virksomhedens regnskab under posten »Koncessionerede materielle anlægsaktiver«.

24 For at gøre det muligt for koncessionshaveren at tilbagelevere de pågældende aktiver til koncessionsgiveren i fejlfri stand ved koncessionens udløb blev der til den lineære afskrivning som følge af anvendelsen af »metoden med den historiske pris« føjet særlige hensættelser til fornyelse af koncessionerede materielle anlægsaktiver.

25 Der blev foretaget hensættelser til fornyelse i perioden 1987-1996.

26 De af EDF afholdte udgifter til fornyelse blev opført på balancen under posten »Modværdi af koncessionerede aktiver«.

27 Denne post, der ligeledes benævntes »Koncessionsgivers rettigheder«, repræsenterede en gæld, som EDF havde til den franske stat som følge af, at EDF var forpligtet til at tilbagelevere de udskiftede aktiver vederlagsfrit ved koncessionens udløb.

28 I en beretning fra 1994 anførte cour des comptes (den franske revisionsret) imidlertid følgende:

»De regnskabsprincipper, der afviger fra almindelig ret, er begrundet i, at koncessionsaftalen faktisk udløber; det er kun dette forhold, der gør det muligt at sondre mellem anlægsaktiver, som kan fornys, og anlægsaktiver, som ikke kan fornys. Hvad der giver denne regnskabsmæssige fremgangsmåde eksistensberettigelse, er, at aftalen udløber. Dette er forudsætningen for, at de koncessionerede anlægsaktiver kan tilbageleveres til den koncessionsgivende myndighed, og begrundelsen for, at passivsiden af balancen indeholder posten »Koncessionsgivers rettigheder«. Det er begrundelsen for den hensættelse til fornyelse, og for fradragsretten herfor, hvoraf det kan fastslås, hvor stor en udgift den endelige tilbagelevering til koncessionsgiveren af de anlægsaktiver, som ikke længere kan fornys, udgør for koncessionsgiveren […]

At der er tale om en koncessionshaver, som er en permanent offentlig virksomhed, der tilhører staten, rejser tvivl om, hvorvidt den forskel, der i regnskabet gøres mellem koncessionerede aktiver og aktiver, der tilhører koncessionshaveren, er reel, og det må understreges, at regnskabsvejledningens anvisninger for koncessionerede virksomheder ikke kan anvendes, hvis koncessionen ikke har noget udløbstidspunkt.«

29 Den franske revisionsret påpegede ligeledes, at den skattelettelse, EDF havde opnået som følge af de retsstridige hensættelser til fornyelse af RAG, ikke var lovlig.

30 Den franske stat foretog følgelig en præcisering af RAG's ejendomsmæssige stilling og omstrukturerede EDF's balance.

31 Ved virksomhedsaftalen »Staten-EDF 1997-2000«, der blev undertegnet den 8. april 1997, blev der gennemført en normalisering af EDF's regnskab og af virksomhedens

økonomiske forbindelser med staten forud for den åbning af elektricitetsmarkedet, hvorom der var truffet bestemmelse i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/92/EF af 19. december 1996 om fælles regler for det indre marked for elektricitet (EFT 1997 L 27, s. 20):

»Elektricitetsmarkedet er under […] grundlæggende forandring. I Den Europæiske Union er der netop indført regler for, hvorledes det indre marked for elektricitet skal fungere […]

Endelig har de i aftalen fastsatte forpligtelser ligeledes til formål at stabilisere de økonomiske forbindelser mellem staten og EDF, præcisere, hvorledes staten skal føre tilsyn med virksomheden, og at sikre virksomhedens uafhængighed inden for rammerne af et fælles projekt […]

EDF's balance vil blive omstruktureret med det dobbelte formål at styrke virksomhedens egenkapital og stabilisere den økonomiske forbindelse mellem staten og EDF på et grundlag, der nærmer sig almindelig ret. En lovgivningsmæssig foranstaltning vil blive forelagt Parlamentet i 1997, således at omstruktureringen får virkning fra den 1. januar 1997.«

32 Det var på denne baggrund, at lov nr. 97-1026 blev vedtaget.

33 Før vedtagelsen af loven havde EDF's balance følgende udformning:

— På aktivsiden fandtes en post benævnt »Koncessionerede materielle anlægsaktiver« med et beløb på 285,7 mia. franske francs (FRF), hvoraf ca. 90 mia. FRF vedrørte RAG.

— På passivsiden fandtes en post benævnt »Hensættelser«, hvoraf ca. 38,5 mia. FRF vedrørte RAG, og en post benævnt »Modværdi af koncessionerede aktiver«, hvorpå der var opført afholdte udgifter til fornyelse. På denne post var opført i alt 145,2 mia. FRF, hvoraf 18,3 mia. vedrørte RAG.

34 Efter vedtagelsen af lov nr. 97-1026 blev der i henhold til lovens artikel 4 bestemt følgende:

— For det første blev de aktiver, som udgjorde RAG, omklassificeret som »egne aktiver« med et beløb på 90,325 mia. FRF; de blev således ikke længere klassificeret som »koncessionerede aktiver«.

— For det andet blev ikke-udnyttede hensættelser til fornyelse af RAG til et beløb på 38,521 mia. FRF bogført som ikke-udloddet overskud uden at blive ført over resultatopgørelsen og for så vidt angår et beløb på 20,225 mia. FRF omklassificeret som et fremført tab; derved afvikledes saldoen, idet restbeløbet på 18,296 mia. FRF blev overført til reserverne. Skønt de nævnte omklassificeringer ikke blev ført over resultatopgørelsen, gav de anledning til konstateringen af en skattepligtig indkomst, som i henhold til artikel 38, stk. 2, i den almindelige lov om skatter og afgifter blev beskattet med 41,66%.

— For det tredje blev »koncessionsgivers rettigheder« for så vidt angår et beløb på 14,119 mia. FRF (af i alt 18,345 mia. FRF) overført direkte til posten »Kapitaltilførsler« uden at blive ført over resultatopgørelsen, idet restbeløbet blev opført på forskellige opskrivningskonti.

35 I bilag 1 til den skrivelse, den franske økonomi-, finans- og industriminister, statssekretæren for budgettet og statssekretæren for industrien tilsendte EDF den 22. december 1997, redegøres der for omstruktureringen af EDF's balance.

Den administrative procedure

36 Ved skrivelser af 10. juli og 27. november 2001 anmodede Kommissionen de franske myndigheder om at give den forskellige oplysninger om en række foranstaltninger, som var blevet truffet vedrørende EDF, og som kunne indeholde elementer af statsstøtte.

37 Ved skrivelser af 12. oktober 2001 og 21. oktober 2002 gav de franske myndigheder Kommissionen en række oplysninger. Ved skrivelse af 9. april 2002 gav de en række yderligere oplysninger, som var indeholdt i en note fra økonomi-, finans- og industriministeriets generaldirektorat for skatter og afgifter (herefter »generaldirektoratet for skatter og afgifter«), hvori der bl.a. anførtes følgende:

»Argumentationen om, at den ændrede regnskabs- og skattemæssige behandling af de hensættelser til fornyelse for så vidt angår [RAG], der blev foretaget i 1997, førte til konsolideringen af en uberettiget skattefordel, kan ikke tiltrædes. Det er nødvendigt i denne forbindelse at sondre mellem den ændrede behandling af udnyttede hensættelser til fornyelse, som ifølge EDF's oplysninger var opført under posten »[K]oncessionsgivers rettigheder« med et beløb på 14,119 [mia. FRF] og ikke på 18,345 [mia. FRF], og den ændrede behandling af endnu ikke-udnyttede hensættelser på 38,5 [mia. FRF].

Koncessionsgivers rettigheder med hensyn til RAG repræsenterer en ikke-forfalden gæld, som ved at blive konverteret til kapital uretmæssigt blev fritaget for skat.

At de nævnte hensættelser blev konverteret til kapital havde ikke nogen skattemæssig betydning, da RAG ikke var omfattet af skatte- og regnskabsreglerne for koncessioner. Eftersom RAG bestod af egne aktiver, havde EDF ikke pligt til at tilbagelevere de nævnte aktiver til staten, og de pågældende beløb under posten »[K]oncessionsgivers rettigheder« udgør derfor ikke et reelt passiv, men en ikke-skattefri reserve. Denne reserve burde derfor, inden den blev konverteret til kapital, være overført fra virksomhedens passiver, hvorunder den fejlagtigt var opført, til en egenkapitalkonto, hvilket ville have ført til en forøgelse af nettoaktiverne i henhold til førnævnte artikel 38 [stk. 2].

Den skattefordel, EDF således opnåede, kan ansættes til 5,88 [mia. FRF] (14,119 x 41,66%).

Samtidig bemærkes, at den berigtigelse, der blev foretaget ved, at reserven direkte blev overført til kontoen »Fremførsler« uden at blive ført over resultatopgørelsen, dog førte til konstateringen af en skattepligtig indkomst på 38,5 mia. FRF (5,869 mia. EUR) i henhold til artikel 38, stk. 2, i den almindelige lov om skatter og afgifter. Heraf følger, at den skattefordel, fradragelsen af de ikke-udnyttede hensættelser medførte, da de blev foretaget, i realiteten blev neutraliseret.

[…]

Om end, følgelig, omklassificeringen som kapital af de allerede udnyttede hensættelser til fornyelse, som var opført under posten »[K]oncessionsgivers rettigheder«, under alle omstændigheder burde have været ført over det skattemæssige resultat, blev dette mere end rigeligt opvejet i samme år af genopførelsen af de ikke-udnyttede hensættelser til fornyelse.

Da der ud fra en samlet betragtning af regnskabsførelsen ikke kan påvises nogen uberettiget fordel, udgør den ændrede regnskabs- og skattemæssige behandling, der

blev foretaget i 1997, ikke en støtte til EDF, som uretmæssigt kunne styrke virksomhedens konkurrencemæssige stilling.«

38 Ved skrivelse af 6. maj 2002 meddelte Kommissionen, at der på trods af dens tidligere anmodninger stadig manglede en række oplysninger, og at den desuden havde udbedt sig præciseringer af de seneste oplysninger, der var blevet meddelt den.

39 Ved skrivelse af 28. juni 2002 fremsendte de franske myndigheder en række supplerende oplysninger, og et møde blev afholdt den 3. september 2002.

40 Ved skrivelse af 16. oktober 2002 meddelte Kommissionen de franske myndigheder tre samlede beslutninger vedrørende EDF; skrivelsen blev offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* den 16. november 2002 (EFT C 280, s. 8) på det autentiske sprog (fransk), indledt med et resumé på de øvrige officielle sprog.

41 Indledningsvis foreslog Kommissionen i henhold til artikel 88, stk. 1, EF de franske myndigheder, at de som en hensigtsmæssig foranstaltning ophævede den ubegrænsede statsgaranti, som EDF i kraft af sin status som offentlig industri- og handelsvirksomhed nød godt af med hensyn til alle sine forpligtelser, og som udelukker enhver anvendelse af lovgivningen om rekonstruktion og konkurs af kriseramte virksomheder. Endvidere indledte Kommissionen i henhold til artikel 88, stk. 2, EF den formelle undersøgelsesprocedure vedrørende den fordel, det indebar, at EDF ikke havde betalt selskabsskat af den del af de regnskabsmæssige hensættelser til fornyelse af RAG, der var foretaget skattefrit (herefter »beslutningen om at indlede proceduren«). Endelig pålagde den de franske myndigheder at fremlægge en række oplysninger, som var nødvendige for undersøgelsen af den nævnte skattefordel.

42 De franske myndigheder fremsatte deres bemærkninger til Kommissionen i en skrivelse af 11. december 2002, hvori de bestred, at EDF havde nydt godt af en skattefordel i 1997.

43 Den 12. februar 2003 blev der afholdt et teknisk møde mellem Kommissionen og de franske myndigheder om den skattefordel, EDF skulle have nydt godt af i 1997.

44 Ved skrivelse af 12. juni 2003 meddelte de franske myndigheder Kommissionen deres bemærkninger inden for rammerne af den formelle undersøgelsesprocedure.

45 Den 17. november 2003 blev der afholdt et nyt teknisk møde mellem Kommissionen, de franske myndigheder og repræsentanter for EDF om den skattefordel, EDF skulle have nydt godt af i 1997. De franske myndigheder fremsendte supplerende oplysninger vedrørende dette spørgsmål ved skrivelse af 20. november 2003.

46 Den 16. december 2003 vedtog Kommissionen beslutningen om støtte til EDF samt til elektricitets- og gassektoren (C 68/2002, N 504/2003 og C 25/2003) (herefter »den anfægtede beslutning«).

Den anfægtede beslutning

47 Den anfægtede beslutning drejer sig dels om en ordning med »ubegrænset garanti«, som Den Franske Republik har ydet EDF, dels om en række aspekter af pensions-

systemet inden for elektricitets- og gassektoren, og dels om EDF's manglende betaling af selskabsskat af den del af de regnskabsmæssige hensættelser til fornyelse af RAG, der var foretaget skattefrit.

48 Den anfægtede beslutnings artikel 3 har følgende ordlyd:

»EDF's manglende betaling af selskabsskat i 1997 for den del af de skattefrie hensættelser til fornyelse af højspændingsforsyningsnettet, svarende til 14,119 mia. FRF i form af [koncessionsgivers rettigheder] omklassificeret til kapitaltilførsel, udgør statsstøtte, der er uforenelig med fællesmarkedet.

Støtteelementet som følge af den manglende betaling af selskabsskat udgør 888,89 mio. EUR.«

49 I den anfægtede beslutnings artikel 4 bestemmes:

»Frankrig træffer alle nødvendige foranstaltninger for at tilbagesøge den i artikel 3 omtalte støtte hos EDF, som allerede uretmæssigt er stillet til rådighed for virksomheden.

Tilbagesøgningen skal ske uophørligt og i overensstemmelse med national lovgivning, hvis denne giver mulighed for at efterkomme beslutningen hurtigt og effektivt. Den støtte, der skal tilbagesøges, pålægges renter fra det tidspunkt, den blev stillet til rådighed for EDF, og indtil den er blevet tilbagebetalt fuldt ud. Renterne beregnes som renters rente på basis af den referencesats, der anvendes til at beregne subventions-

ækvivalenten for støtte med regionalt sigte i overensstemmelse med Kommissionens meddelelse om gældende rentesatser ved inddrivelse af ulovligt udbetalt støtte.«

50 Om den skattefordel, EDF havde nydt godt af i 1997, anførte Kommissionen følgende:

»(84) Ved lov nr. 97-1026 […] fastslog man, at EDF må betragtes som ejer af [RAG] siden 1956, og derfor bør det kontrolleres, hvorvidt denne lov medfører en overdragelse af ejendomsretten til [RAG].

(85) Ifølge oplysningerne fra de franske myndigheder kan EDF med rimelighed betragtes som ejer af [RAG] siden de første koncessionsbetingelser i 1956. Denne konklusion er baseret på følgende: kendetegnene ved de forskellige typer af koncessionsaftaler i fransk ret, de særlige kendetegn ved den oprindelige koncession til EDF, som ikke indeholdt nogen præcis bestemmelse om tilbagelevering, anskaffelsesproceduren for de pågældende aktiver, for hvilke EDF skulle betale en afgift svarende til en eksproprieringserstatning, samt betingelserne for finansiering af vedligeholdelsen og udbygningen af [RAG] på EDF's regning. Derfor finder Kommissionen, at »præciseringen« vedrørende ejendomsretten til [RAG], som gennemførtes i lov nr. 97-1026 […], ikke som sådan omfatter et element af statsstøtte.

(86) Nu skal det undersøges, hvorvidt man i lov nr. 97-1026 drog alle de skattemæssige konsekvenser af denne »præcisering«, og, hvis dette ikke var tilfældet, hvorvidt der har været tale om en skattemæssig fordel for EDF.

(87) I perioden 1987-1996 foretog EDF skattefrie hensættelser til udskiftning af [RAG]. Ifølge loven fra 1997, ifølge hvilken EDF betragtes som ejer af [RAG] siden 1956, er disse

hensættelser blevet overflødiggjort og har måttet omplaceres til andre poster på balancen.

(88) Brevet fra økonomiministeren, hvori de skattemæssige konsekvenser af omposteringerne på EDF's balance beskrives, viser, at de franske myndigheder har pålignet de ikke anvendte hensættelser til udskiftning af [RAG] selskabsskat med den gældende sats i 1997 på 41,66%.

(89) Til gengæld er en del af hensættelser, [koncessionsgivers rettigheder] svarende til allerede gennemførte udskiftningsoperationer, i overensstemmelse med artikel 4 i lov nr. 97-1026 […] blevet omposteret under kapitaltilførsel til et beløb af 14,119 mia. FRF, uden at der er opkrævet selskabsskat herfor. De franske myndigheder erkender selv, at denne operation var ulovlig. I et notat fra [generaldirektoratet for skatter og afgifter] til Kommissionen dateret den 9. april 2002 anfører de franske myndigheder, at »koncessionsgivers rettigheder med hensyn til RAG repræsenterer en ikke-forfalden gæld, som ved at blive konverteret til kapital uretmæssigt blev fritaget for skat« og at »denne reserve […] derfor, inden den blev konverteret til kapital, [burde] være overført fra virksomhedens passiver, hvorunder den fejlagtigt var opført, til en egenkapitalkonto, hvilket ville ført til en forøgelse af nettoaktiverne i henhold til […] artikel 38, stk. 2«, i [den almindelige lov om skatter og afgifter]. De konstaterer, at »den skattefordel, EDF således opnåede, kan ansættes til 5,88 mia. francs (14,119 x 41,66%)«, svarende til 888,89 mio. EUR.

(90) Kommissionen konstaterer på den ene side, at i henhold til udtalelsen fra [CNC] skal fejlkorrektioner bogføres under resultatet for det regnskabsår, hvor de konstateres. Hvis de ikke anvendte henlæggelser, der var oprettet skattefrit for et beløb af 38,5 mia. FRF, var blevet pålignet selskabsskat til satsen på 41,66% i 1997, skønner Kommissionen på den anden side, at der ikke foreligger nogen objektiv begrundelse for ikke at have beskattet den anden del af de skattefrie hensættelser med samme sats.

(91) Kommissionen finder, at [koncessionsgivers rettigheder] skulle have været beskattet samtidig og til samme sats som de øvrige regnskabsmæssige, skattefrie hensættelser. Dette betyder, at de 14,119 mia. FRF i koncessionsgivers rettigheder skulle have været lagt til de 38,5 mia. FRF i ikke udnyttede hensættelser og beskattet til den sats på 41,66%, som de franske myndigheder har anvendt ved omposteringerne på EDF's balance. Ved ikke at betale hele den skyldige selskabsskat ved omposteringerne på sin balance har EDF sparet 888,89 mio. EUR.

(92) Ifølge Kommissionens opfattelse blev støtten udbetalt i 1997, idet beløbet på 14,119 mia. FRF på dette tidspunkt var en gæld til staten, som var opført på balancen som [koncessionsgivers rettigheder], og som staten gav afkald på ved lov nr. 97-1026 […]

(93) De franske myndigheder fastholder, at selv om der ikke var blevet foretaget hensættelser til udskiftning af [RAG], havde EDF ikke været i stand til at betale selskabsskat mellem 1987 og 1996 som følge af skattemæssig overførsel af tab. Kommissionen anser ikke dette argument for relevant, idet skattefordelen stammer fra 1997 og ikke fra de foregående år. Desuden bemærker Kommissionen, at hvis disse tilførsler i form af hensættelser ikke var sket, ville de skattemæssige overførsler af tab gradvis være forsvundet mellem 1987 og 1996, således at EDF's skyldige skat i 1997 ville have været langt højere.

(94) De franske myndigheder skønner ligeledes, at selv om hensættelserne til udskiftning af [RAG] var blevet til en fordel, ville denne være at betragte som ophævet som følge af den forhøjede selskabsskat, der blev betalt i 1997. Kommissionen kan blot afvise dette argument. Som netop påvist, og som de franske myndigheder selv anfører i deres notat af 9. april 2002, er [koncessionsgivers rettigheder] overført til posten for kapitaltilførsler uden betaling af selskabsskat, selv om hensættelserne til

udskiftning er blevet beskattet på normal vis. I 1997 betalte EDF således en lavere skat end den faktisk skyldige skat.

(95) Efter de franske myndigheders opfattelse svarer den regnskabsmæssige omposte-ring i 1997 i øvrigt til en supplerende kapitaltilførsel på et beløb svarende til den delvise skattefritagelse. Der er således tale om en investering fra deres side og ikke om støtte. De bekræfter ligeledes, at EDF i perioden 1987-1996 samlet betalte et større beløb i selskabsskat til staten end et privatretligt selskab, som ikke havde foretaget hensættelser til udskiftning af [RAG], og som havde udbetalt dividende til sin aktionær svarende til 37,5% af nettoresultatet efter skat, ville have gjort.

(96) Kommissionen kan kun afvise disse argumenter og erindre om, at princippet om den private investor kun finder anvendelse i forbindelse med udøvelse af økonomiske aktiviteter og ikke i forbindelse med udøvelsen af reguleringsbeføjelser. En offentlig myndighed kan ikke bruge argumentet om eventuelle økonomiske fordele, som den måtte kunne få som ejer af en virksomhed, til at begrunde tildeling af skønsmæssig støtte i kraft af den særstilling, som den indtager som skattemyndighed i forhold til den samme virksomhed.

(97) Selv om en medlemsstat ud over at fungere som offentlig myndighed også kan optræde som aktionær, må den ikke sammenblande sine funktioner som en stat, der udøver en offentlig myndighed, og staten som aktionær. Hvis medlemsstaterne fik tilladelse til at anvende deres særrettigheder som offentlig myndighed til gavn for deres investeringer i virksomheder, der opererer på åbne markeder, ville man gøre fællesskabsbestemmelserne om statsstøtte fuldstændig virkningsløse. Selv om traktaten i henhold til artikel 295 forholder sig neutral med hensyn til ejendomsretten til kapitalen, gælder det ikke desto mindre, at offentligretlige virksomheder skal være underlagt samme regler som private virksomheder. Men der ville ikke være tale om ligebehandling mellem offentlige og private virksomheder, hvis staten anvendte sine særrettigheder som offentlig myndighed til fordel for de virksomheder, hvori den er aktionær.

(98) De franske myndigheder fastholder, at selskabsskattesatsen, som skulle have været anvendt på omposteringerne på EDF's balance, er satsen fra 1996 og ikke fra 1997. Som tidligere anført bemærker Kommissionen på den ene side, at [CNC] finder, at bogføringsfejl skal rettes i løbet af det regnskabsår, hvor de konstateres. Hensættelserne til udskiftning af [RAG] blev overflødiggjort ved lov nr. 97-1026 […] og burde derfor omplaceres i løbet af regnskabsåret 1997 og dermed beskattes med den gældende selskabsskattesats i dette regnskabsår. På den anden side konstaterer Kommissionen, at de franske myndigheder selv anvendte selskabsskattesatsen for 1997 på den del af hensættelserne, der er blevet beskattet.

(99) EDF's manglende betaling af 888,89 mio. EUR i skat i 1997 udgør dermed en fordel for koncernen. EDF har kunnet anvende et beløb svarende til den manglende skattebetaling til at forøge sin egenkapital uden at gøre brug af eksterne økonomiske ressourcer. Fordelen vil uundgåeligt være selektiv, idet den manglende betaling af selskabsskat af en del af de regnskabsmæssige hensættelser udgør en undtagelse i forhold til den normale skattemæssige behandling af en sådan operation. Det forhold, at EDF opnåede denne fordel gennem en specifik retsakt, lov nr. 97-1026 […], beviser, at der er tale om et enestående og usædvanligt tilfælde.

[…]

(154) På grundlag af ovenstående betragtninger finder Kommissionen således, at den undersøgte støtte udgør driftsstøtte, hvilket indebærer en styrkelse af EDF's konkurrencesituation i forhold til konkurrenterne. Den er således uforenelig med fællesmarkedet.

(155) Endelig finder Kommissionen i modsætning til de franske myndigheder ikke, at forældelsesbestemmelsen finder anvendelse i dette tilfælde. EDF har ganske vist foretaget skattefrie hensættelser mellem 1987 og 1996. Det skal imidlertid på den ene side bemærkes, at ifølge [CNC] skal fejlkorrektioner, som pr. definition vedrører bogføringen af tidligere transaktioner, bogføres i resultatet for det regnskabsår, hvor de konstateres, og på den anden side, at loven om, at [koncessionsgivers rettigheder] skal omposteres som kapitaltilførsel og fritages for beskatning, stammer fra den 10. november 1997. Skattefordelen stammer således fra 1997, og forældelsen finder dermed ikke anvendelse på ny støtte, der udbetales på denne dato.«

51 Det samlede beløb, der krævedes tilbagesøgt fra EDF, androg med renter beregnet i henhold til den anfægtede beslutnings artikel 4 1,217 mia. EUR. EDF har betalt den franske stat dette beløb.

Retsforhandlinger og parternes påstande

52 EDF anlagde den foreliggende sag ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 27. april 2004.

53 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 17. august 2004 fremsatte Den Franske Republik begæring om tilladelse til at intervenere til støtte for EDF's påstande. Ved kendelse af 20. september 2004 imødekom formanden for Rettens Tredje Afdeling denne interventionsbegæring. Den Franske Republik har indgivet sit interventionsindlæg inden for den fastsatte frist.

54 Ved skrivelse af 18. februar 2005 anmodede Kommissionen Retten om at træffe en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, der bestod i at lade en rapport

med titlen »Rapport Oxera«, som EDF havde bilagt sine bemærkninger til Den Franske Republiks interventionsindlæg, udgå af sagens akter, fordi den udgjorde et nyt bevis, som ikke kunne admitteres på det pågældende trin i retsforhandlingerne.

55 Ved skrivelse af 25. april 2005 anmodede EDF Retten om at træffe en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, der bestod i at anmode Kommissionen om at tage stilling til indholdet af den nævnte rapport. Kommissionen fremsatte sine bemærkninger til denne anmodning ved skrivelse af 7. juni 2005.

56 Retten (Tredje Afdeling) har anmodet parterne om skriftligt at besvare en række spørgsmål, der blev meddelt dem af Justitskontoret den 12. juni 2006. Parterne har efterkommet anmodningen inden for den fastsatte frist.

57 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 3. marts 2008 har Iberdrola, SA fremsat begæring om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande.

58 Da interventionsbegæringen er blevet fremsat efter udløbet af den frist på seks uger, der er fastsat i artikel 115, stk. 1, i Rettens procesreglement, har Iberdrola ved kendelse af 5. juni 2008 fået tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande og til at fremsætte sine bemærkninger under den mundtlige forhandling.

59 Retten (Tredje Afdeling) har anmodet parterne om skriftligt at besvare yderligere en række spørgsmål, der blev meddelt dem af Justitskontoret den 14. maj 2008. Parterne har efterkommet anmodningen inden for den fastsatte frist.

60 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten i retsmødet den 25. november 2008.

61 EDF har, støttet af Den Franske Republik, nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutnings artikel 3 og 4 annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

62 Kommissionen har, støttet af Iberdrola, nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— EDF tilpligtes at betale sagens omkostninger.

63 Kommissionen har i sine bemærkninger til Den Franske Republiks interventionsindlæg ligeledes nedlagt påstand om, at Den Franske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

64 Principalt har EDF i det væsentlige fremsat tre anbringender.

65 Med sit første anbringende har EDF gjort gældende, at Kommissionen tilsidesatte artikel 20 i forordning nr. 659/1999 ved ikke at give EDF mulighed for at fremsætte relevante bemærkninger til den ændring af Kommissionens vurdering, der indtraf mellem beslutningen om at indlede proceduren og den anfægtede beslutning.

66 Desuden har EDF hævdet, at det forhold, at Kommissionen ikke i løbet af proceduren underrettede EDF om en »grundlæggende ændring af vurderingen«, udgør en tilsidesættelse af virksomhedens »ret til forsvar«.

67 Med sit andet anbringende har EDF i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen begik en række retlige fejl ved fortolkningen af statsstøttebegrebet, og at den anfægtede beslutning desuden udviser flere mangler for så vidt angår begrundelsen.

68 For det første ophæver den »underkompensation« for de af EDF afholdte omkostninger ved offentlig tjeneste, som er steget meget betydeligt siden 1997, enhver »hypotetisk fordel«, virksomheden måtte have nydt godt af.

69 For det andet burde de omhandlede foranstaltninger have været kvalificeret som kapitaltilførsel og anskuet i en større sammenhæng, nemlig som et led i præciseringen af de økonomiske forbindelser mellem staten og EDF. Ved at gennemføre de pågældende foranstaltninger handlede staten som en opmærksom privat investor i et samfund med markedsøkonomi.

70 For det tredje burde Kommissionen have taget hensyn til den generelle sammenhæng, nemlig omstruktureringen af de økonomiske forbindelser mellem staten og EDF i 1997, og fastslået, at EDF ud fra en samlet betragtning ikke var blevet indrømmet nogen fordel.

71 For det fjerde påvirkede de omhandlede foranstaltninger ikke samhandelen mellem medlemsstaterne.

72 Med sit tredje anbringende har EDF gjort gældende, at Kommissionen tilsidesatte begrundelsespligten ved ikke at begrunde sin beslutning om at forkaste argumentet om, at de omhandlede foranstaltninger skulle kvalificeres som rekapitalisering.

73 Desuden har EDF hævdet, at Kommissionen fortolkede de skattemæssige aspekter af de foranstaltninger, der var blevet truffet i 1997, forkert.

74 Subsidiært har EDF fremsat to anbringender.

75 Med sit første subsidiære anbringende har EDF hævdet, at de omhandlede foranstaltninger — hvis det forudsættes, at de kan kvalificeres som støtte — i henhold til artikel 1, litra b), nr. v), i forordning nr. 659/1999 for de flestes vedkommende bør betragtes som eksisterende støtte, idet de blev truffet, før liberaliseringen af elektricitetssektoren var gennemført i praksis. De bør ligeledes for størstedelens vedkommende betragtes som eksisterende støtte som omhandlet i artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 659/1999, der vedrører forældelse.

76 Med sit andet subsidiære anbringende har EDF gjort gældende, at den anfægtede beslutning under alle omstændigheder indeholder flere regnefejl, der rejser tvivl om dens gyldighed.

77 Den Franske Republik har interveneret til støtte for, indledningsvis, den del af det andet anbringendes, der drejer sig om Kommissionens manglende anvendelse af kriteriet om den private investor, endvidere det tredje anbringende, der vedrører tilsidesættelse af begrundelsespligten, og endelig EDF's subsidiære anbringender.

Det første anbringende: tilsidesættelse dels af artikel 20 i forordning nr. 659/1999, dels af retten til forsvar

Parternes argumenter

78 Inden for rammerne af sit første anbringendes første led har EDF gjort gældende, at Kommissionen i den anfægtede beslutning indtog et grundlæggende anderledes standpunkt end det, den havde indtaget i beslutningen om at indlede proceduren, navnlig hvad angår kvalifikationen af de omhandlede foranstaltninger.

79 EDF har hævdet, at støtteelementet ifølge beslutningen om at indlede proceduren består i, at der blev foretaget hensættelser til fornyelse af RAG i perioden 1987-1996, og at disse hensættelser hvert år gav EDF en uberettiget skattefordel i denne periode, som delvis blev ophævet af de regnskabsmæssige justeringer og omklassificeringer, der blev foretaget i 1997. EDF har i den forbindelse henvist til punkt 45, 49, 52, 56 og 84 i beslutningen om at indlede proceduren.

80 Ifølge EDF fremgår det klart af punkt 45 og 49 i beslutningen om at indlede proceduren, at Kommissionen fortolkede bestemmelserne i lov nr. 97-1026 således, at de havde reduceret de tidligere opnåede fordele, og ikke således, at de havde givet anledning til disse fordele.

81 Endvidere har EDF anført, at Kommissionen tilsyneladende ønskede at knytte de påståede fordele til 1997 alene ved at anvende begrebet »konsolidering af tidligere støtte« — som desuden er helt nyt og ikke forekommer i forordning nr. 659/1999 — skønt den i øvrigt havde hævdet, at de var blevet opnået i perioden 1987-1996. EDF har nærmere henvist til punkt 71 i beslutningen om at indlede proceduren.

82 EDF har gjort gældende, at Kommissionen ændrede sit standpunkt i den anfægtede beslutning, idet den nu fandt, at bestemmelserne i lov nr. 97-1026, som den indtil da havde fremstillet således, at de havde reduceret det beløb, de af EDF opnåede fordele repræsenterede, i realiteten var det element, som udgjorde den påståede støtte. EDF har hvad dette angår henvist til ordlyden af den anfægtede beslutnings artikel 3.

83 EDF finder videre, at den nævnte ændring af vurderingen var medvirkende til, at Kommissionen kvalificerede de omhandlede foranstaltninger som ny støtte og undlod at tage i betragtning, at der eventuelt var tale om eksisterende støtte.

84 EDF har gjort gældende, at Kommissionen efter at have truffet beslutningen om at indlede undersøgelsesproceduren er forpligtet til at give medlemsstaten og interesserede tredjeparter mulighed for at fremsætte deres bemærkninger.

85 EDF har anerkendt, at formålet med dette trin i proceduren ifølge den i øjeblikket foreliggende retspraksis — EDF har i den forbindelse henvist til Rettens dom af 14. december 2000, UFEX m.fl. mod Kommissionen (sag T-613/97, Sml. II, s. 4055) — i

mindre grad er at sikre de nævnte parters »ret til forsvar«, end det er at gøre det muligt for Kommissionen at indsamle oplysninger, som er relevante for dens vurdering.

86 EDF har peget på, at det imidlertid anføres i ottende betragtning til forordning nr. 659/1999, at »i alle tilfælde, hvor Kommissionen efter den foreløbige undersøgelse ikke kan konstatere, at en støtteforanstaltning er forenelig med fællesmarkedet, indledes den formelle undersøgelsesprocedure, for at Kommissionen kan få mulighed for at indsamle alle de oplysninger, den behøver for at kunne vurdere støttens forenelighed, og for at interesserede parter kan få mulighed for at fremsætte deres bemærkninger; interesserede parters rettigheder kan bedst sikres inden for rammerne af den formelle undersøgelsesprocedure i henhold til [artikel 88 EF]«.

87 EDF finder — idet virksomheden navnlig støtter sig på den sidste sætning i denne betragtning — at interesserede tredjeparter har rettigheder, som den formelle undersøgelsesprocedure har til formål at sikre. Disse rettigheder består i, at de nævnte parter skal have mulighed for at fremlægge alle de oplysninger for Kommissionen, som gør det muligt for denne at fuldføre sin undersøgelse.

88 Da beslutningen om at indlede denne procedure kan påvirke støttemodtagerens retsstilling og være bebyrdende for den pågældende (Rettens dom af 30.4.2002, forenede sager T-195/01 og T-207/01, Government of Gibraltar mod Kommissionen, Sml. II, s. 2309, præmis 85), burde EDF derfor under hele den administrative procedure have været sat i stand til på hensigtsmæssig måde at tilkendegive sit synspunkt angående rigtigheden og relevansen af de faktiske forhold og vedrørende de klagepunkter og omstændigheder, Kommissionen gjorde gældende (jf. i denne retning dom af 29.6.1994, sag C-135/92, Fiskano mod Kommissionen, Sml. I, s. 2885, præmis 40, og Rettens dom af 30.2.2000, sag T-65/96, Kish Glass mod Kommissionen, Sml. II, s. 1885, præmis 32), navnlig i betragtning af, at de beløb, der stod på spil, var af betydelig størrelse, og at der kun var én berørt støttemodtager.

89 EDF har hævdet, at virksomheden på grund af Kommissionens manglende underretning af interesserede tredjeparter om den »grundlæggende ændring« af sin vurdering hverken havde mulighed for at forstå omfanget af den anfægtede beslutnings økonomiske implikationer eller at give Kommissionen oplysninger, der var relevante for en korrekt forståelse af forholdene.

90 Når de interesserede tredjeparter kun har begrænsede rettigheder, er det ifølge EDF nødvendigt at være »meget opmærksom« på, at disse rettigheder iagttages, hvorfor den eneste rettighed, de nævnte parter er tillagt — nemlig at kunne fremlægge dokumenter og oplysninger, som er relevante for Kommissionen — derfor i det mindste må kunne udøves med fuldt kendskab til Kommissionens undersøgelse, da den i modsat fald vil være berøvet sin betydning.

91 Dette var efter EDF's opfattelse ikke tilfældet i den foreliggende sag, eftersom EDF ikke blev underrettet om Kommissionens ændring af sin vurdering og derfor ikke kunne forsyne den med relevante oplysninger og dokumenter, som f.eks. kunne have bragt den til ikke at fravige sin oprindelige vurdering, der kunne have ført til, at størstedelen af de omhandlede foranstaltninger var blevet kvalificeret som eksisterende støtte.

92 Kommissionen tilsidesatte følgelig artikel 20 i forordning nr. 659/1999.

93 Inden for rammerne af sit andet anbringende har EDF opfordret Retten til at overveje, om »den nuværende retspraksis« vedrørende »interesserede tredjeparters ret til forsvar« under statsstøtteprocedurer »er tilstrækkeligt klar« — herunder navnlig den ret, der tilkommer modtageren af den påståede støtte.

94 EDF har peget på, at Domstolen i dom af 21. marts 1990, Belgien mod Kommissionen (sag C-142/87, »Tubemeuse-dommen«, Sml. I, s. 959), udtalte, at retten til forsvar under en hvilken som helst procedure, der indledes over for nogen, og som kan føre til en retsakt, der indeholder et klagepunkt imod denne, udgør et grundlæggende fællesskabsretligt princip, der skal overholdes, selv hvor der ikke foreligger regler for den pågældende procedure (dommens præmis 46).

95 På statsstøtteområdet er det kun medlemsstaterne, der er tillagt en »egentlig ret til forsvar« som omhandlet i denne retspraksis, da det er dem, proceduren indledes over for, og ikke de støttemodtagende tredjeparter.

96 Ifølge EDF er det grundlæggende vanskeligt at forene denne synsmåde med det forhold, at det er de støttemodtagende tredjeparter, tilbagebetalingspålæg rettes til, hvorimod medlemsstaten har økonomisk fordel af sådanne pålæg. Der kan derfor foreligge en »interessekonflikt« mellem medlemsstaten og støttemodtageren.

97 EDF har nærmere gjort gældende, at denne situation, der kendetegnes af en »interessekonflikt«, dels gør det klart, at det er nødvendigt at beskytte de få rettigheder, interesserede tredjeparter har under statsstøtteprocedurer — herunder navnlig den ret, de tillægges i artikel 20 i forordning nr. 659/1999 — dels gør det berettiget, at der, også ud over hvad der følger af denne bestemmelse, indrømmes interesserede tredjeparter, eller i det mindste modtagerne af støtten, »begyndelsen til en egentlig ret til forsvar«.

98 EDF finder derfor, at Kommissionen for at overholde interesserede tredjeparters rettigheder generelt og støttemodtagerens rettigheder i særdeleshed må give disse parter mulighed for på hensigtsmæssig måde at gøre deres synspunkter gældende og derfor offentliggøre en ny meddelelse, hvis den agter at påberåbe sig forhold, klagepunkter, vurderinger eller omstændigheder i den endelige beslutning, som er væsentligt forskellige fra dem, der anføres i den meddelelse herom, som er blevet rettet til de nævnte tredjeparter.

99 At Kommissionen, i det foreliggende tilfælde, »grundlæggende« ændrede sin vurdering af de omhandlede foranstaltninger i den endelige beslutning og ikke offentliggjorde endnu en meddelelse i Tidende, udgør efter EDF's opfattelse en alvorlig tilsidesættelse af virksomhedens »ret til kontradiktion«.

100 Kommissionen har bestridt denne argumentation.

Rettens bemærkninger

— Tilsidesættelsen af retten til forsvar

101 Det bemærkes, at ifølge fast retspraksis er retten til forsvar i enhver procedure, som indledes over for en person, og som kan udmunde i en akt, der indeholder et klagepunkt mod denne, et grundlæggende fællesskabsretligt princip, der skal sikres overholdt, selv i mangel af særlige bestemmelser vedrørende den pågældende procedure. Ifølge dette princip skal den pågældende person allerede under den administrative procedure sættes i stand til på hensigtsmæssig måde at tilkendegive sit synspunkt vedrørende rigtigheden og relevansen af de omstændigheder og klagepunkter, som Kommissionen har fremført til støtte for sin påstand om tilsidesættelse af fællesskabsretten (Domstolens dom af 10.7.1986, sag 40/85, Belgien mod Kommissionen, Sml. s. 2321, præmis 28, og Rettens dom af 6.3.2003, forenede sager T-228/99 og T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale og Land Nordrhein-Westfalen mod Kommissionen, Sml. II, s. 435, præmis 121).

102 Den administrative procedure for kontrol af statsstøtte indledes imidlertid kun mod den pågældende medlemsstat. De støttemodtagende virksomheder betragtes kun som »berørte« i denne procedure. De kan ikke selv forlange en kontradiktorisk behandling af Kommissionen, svarende til den, der tilbydes den pågældende medlemsstat (Domstolens dom af 24.9.2002, forenede sager C-74/00 P og C-75/00 P, Falck og Acciaierie di Bolzano mod Kommissionen, Sml. I, s. 7869, præmis 81 og 83).

103 Retspraksis tildeler således i det væsentlige de interesserede parter den rolle at tjene som oplysningskilder for Kommissionen under den administrative procedure, der er indledt i medfør af artikel 88, stk. 2, EF. Det følger heraf, at de interesserede parter på

ingen måde kan påberåbe sig den ret til forsvar, som tilkommer de personer, over for hvilke der er indledt en undersøgelse, men at de kun har ret til at blive inddraget i den administrative procedure, i det omfang det må anses for formålstjenligt under hensyn til sagens konkrete omstændigheder (jf. Rettens dom af 25.6.1998, forenede sager T-371/94 og T-394/94, British Airways m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2405, præmis 59 og 60 og den deri nævnte retspraksis, og dommen i sagen Westdeutsche Landesbank Girozentrale og Land Nordrhein-Westfalen mod Kommissionen, nævnt i præmis 101 ovenfor, præmis 125).

104 Sagsøgeren kan følgelig ikke påstå, at virksomhedens ret til forsvar er blevet tilsidesat, da den ikke er tillagt en sådan ret inden for rammerne af den administrative procedure, heller ikke selv om det er rigtigt, når sagsøgeren gør gældende, at den medlemsstat, der har ydet støtten, og modtageren af den kan have divergerende interesser under de procedurer, som Kommissionen gennemfører vedrørende statsstøtte.

105 Det første anbringendes første led må derfor forkastes.

— Tilsidesættelse af de processuelle rettigheder, støttemodtageren er tillagt i sin egenskab af interesseret part

106 Det er fast retspraksis, at det under den undersøgelsesfase, hvortil der henvises i artikel 88, stk. 2, EF, påhviler Kommissionen at give interesserede parter lejlighed til at fremsatte deres bemærkninger (jf. Domstolens dom af 8.5.2008, sag C-49/05 P, Ferriere Nord mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 68 og den deri nævnte retspraksis).

107 Skønt sådanne parter ikke kan påberåbe sig en ret til forsvar, har de til gengæld ret til i formålstjenligt omfang under hensyn til sagens konkrete omstændigheder at blive

inddraget i den administrative procedure, som Kommissionen gennemfører (dommen i sagen Ferriere Nord mod Kommissionen, nævnt i præmis 106 ovenfor, præmis 69).

108 Endvidere skal Kommissionen indlede en formel undersøgelsesprocedure, idet de berørte parter skal informeres, når den efter en indledende undersøgelse har alvorlig tvivl om den omhandlede finansielle foranstaltnings forenelighed med fællesmarkedet. Det følger heraf, at Kommissionen ikke er forpligtet til at foretage en fuldstændig vurdering af den omhandlede støtte i meddelelsen om indledning af denne procedure. Det er derimod nødvendigt, at Kommissionen giver en tilstrækkelig beskrivelse af rammerne for dens undersøgelse med henblik på ikke at gøre de berørte parters ret til at fremkomme med deres bemærkninger meningsløs (Rettens dom af 31.5.2006, sag T-354/99, Kuwait Petroleum (Nederland) mod Kommissionen, Sml. II, s. 1475, præmis 85).

109 Når, desuden, Kommissionen beslutter at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, kan beslutningen herom i henhold til artikel 6 i forordning nr. 659/1999 begrænses til blot at gengive de relevante faktiske og retlige momenter, at indeholde en foreløbig vurdering med hensyn til støttekarakteren af den påtænkte foranstaltning og til at anføre, om der er tvivl om, hvorvidt den er forenelig med fællesmarkedet (Rettens dom af 23.10.2002, forenede sager T-269/99, T-271/99 og T-272/99, Diputación Foral de Guipúzcoa m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 4217, præmis 104).

110 Beslutningen om at indlede proceduren skal således gøre det muligt for de interesserede parter at deltage aktivt i den formelle undersøgelsesprocedure, under hvilken de kan gøre deres argumenter gældende. Det er i denne henseende tilstrækkeligt, at de interesserede parter får kendskab til Kommissionens begrundelse for midlertidigt at anse den omhandlede foranstaltning for at være en ny støtte, der er uforenelig med fællesmarkedet (jf. Rettens dom af 22.10.2008, forenede sager T-309/04, T-317/04, T-329/04 og T-336/04, TV 2/Danmark m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2935, præmis 139 og den deri nævnte retspraksis).

111 I det foreliggende tilfælde undersøgte Kommissionen i såvel beslutningen om at indlede proceduren som den anfægtede beslutning, hvorledes koncessionsgivers rettigheder var blevet behandlet skattemæssigt i forbindelse med den omstrukturering af EDF's balance, der var blevet gennemført som følge af lov nr. 97-1026 (herefter »den omtvistede foranstaltning«), og rammerne for undersøgelsen er således på dette punkt den samme i de to beslutninger.

112 Endvidere lagde Kommissionen i såvel punkt 51 i beslutningen om at indlede proceduren som betragtning 89 til den anfægtede beslutning den beregning af den skat, der ville have skullet betales, som de franske myndigheder havde fremlagt, til grund, og ifølge hvilken den skattelettelse, EDF havde nydt godt af, kunne ansættes til 5,883 mia. FRF.

113 Det kendskab, beslutningen om at indlede proceduren havde givet EDF til den relevante ramme for undersøgelsen og til det ræsonnement, som havde foranlediget Kommissionen til midlertidigt at anse den omtvistede foranstaltning for at udgøre støtte, der var uforenelig med fællesmarkedet, var derfor tilstrækkeligt til, at EDF på hensigtsmæssig måde kunne fremsætte sine bemærkninger hertil.

114 Selv hvis der er grundlag for EDF's argumenter om, at Kommissionen i skatte- og regnskabsmæssig henseende foretog en vurdering af den omtvistede foranstaltning, der adskilte sig fra den midlertidige vurdering i beslutningen om at indlede proceduren, må de følgelig forkastes som irrelevante.

115 EDF's første anbringende må derfor forkastes.

Det andet anbringende: Kommissionens tilsidesættelse af artikel 87 EF

Første led: »underkompensationen« for EDF's omkostninger ved offentlig tjeneste

— Parternes argumenter

116 EDF har i det væsentlige gjort gældende, at de forpligtelser til offentlig tjeneste, de offentlige myndigheder havde pålagt virksomheden, blev forøget betydeligt i perioden fra 1997. Taksterne for salg af elektricitet kompenserede ikke for disse supplerende byrder, da de faldt meget betydeligt i den samme periode.

117 EDF har i det væsentlige hævdet, at den forøgelse af byrderne med hensyn til offentlig tjeneste, som omstruktureringen af forbindelserne mellem staten og virksomheden havde givet anledning til, udgjorde en del af den økonomiske ligevægt, der var blevet fastlagt i virksomhedsaftalen af 8. april 1997 (jf. præmis 31 ovenfor).

118 Til underbygning af denne påstand har EDF påberåbt sig, at virksomheden var pålagt den forpligtelse til offentlig tjeneste at købe elektricitet til gavn for producenter, der havde opført kraftvarmeanlæg; dette var den væsentligste forpligtelse i den pågældende periode.

119 Ifølge EDF er alene denne forpligtelse tilstrækkelig til, at det kan fastslås, at pågældende udgifter klart overstiger den skattefordel, virksomheden havde opnået.

120 EDF har gjort gældende, at Kommissionen i beslutning K(2003) 2508 af 23. juli 2003 om ikke at rejse indsigelser mod den belgiske stats forhøjelse af La Poste SA/NV's kapital fandt med hensyn til de forpligtelser til offentlig tjeneste, som La Poste var pålagt, at den »historiske underkompensation« for nettomerudgifterne for tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse var større end den kapitalforhøjelse, som staten havde anmeldt, og at forhøjelsen derfor ikke i sig selv udgjorde statsstøtte, da den enten ikke gav La Poste nogen fordel eller udgjorde statsstøtte, der var forenelig med fællesmarkedet. Kommissionen fandt følgelig, da den anmeldte kapitalforhøjelse således var forenelig med fællesmarkedet, at det ikke var nødvendigt, at den undersøgte, om statens beslutning om at tilføre den omhandlede kapital svarede til den måde, hvorpå en opmærksom privat investor i et samfund med markedsøkonomi ville have handlet.

121 Ifølge EDF må det derfor i analogi med ovennævnte kommissionsbeslutning fastslås, at kapitaltilførslen til virksomheden ikke udgør støtte i sig selv, da den enten ikke giver den nogen fordel eller udgør statsstøtte, som er forenelig med fællesmarkedet.

122 Endvidere har EDF i det væsentlige hævdet, at Kommissionen i punkt 79 i beslutningen om at indlede proceduren ganske vist forkastede argumentet om en eventuel »underkompensation« for omkostningerne ved offentlig tjeneste, men at den gjorde det under henvisning til alle de undersøgte former for støtte, herunder dem, som i sidste instans ikke blev kvalificeret som støtte.

123 Desuden har EDF i det væsentlige gjort gældende, at hvis man går ud fra, at Den Franske Republik under den formelle undersøgelsesprocedure ikke gav Kommissionen de oplysninger, denne havde udbedt sig om eventuelle omkostninger ved offentlig tjeneste, og at argumenter herom, der måtte blive fremsat under den foreliggende sag, følgelig ikke kan tages i betragtning, eftersom lovligheden af en beslutning om statsstøtte skal vurderes på grundlag af de oplysninger, det var muligt for Kommissionen at råde over, da den vedtog beslutningen, og komplicerede vurderinger, som Kommissionen har foretaget, udelukkende skal prøves på grundlag af de oplysninger, den var i besiddelse af, da den foretog dem, vil det have til følge, at EDF ikke har ret til at påberåbe sig dette led i anbringendet, fordi virksomheden ikke deltog i den administrative procedure. Det bekræfter, at EDF's »ret til forsvar« blev tilsidesat, fordi Kommissionen ikke gav virksomheden »oprigtig og fuldstændig« underretning under den administrative

procedure, og derfor ikke gav den lejlighed til at vurdere, om det var nødvendigt at fremsætte denne argumentation, hvilket den nu er forhindret i.

124 Kommissionen har bestridt denne argumentation.

— Rettens bemærkninger

125 Det fremgår af fast retspraksis, at under et annullationssøgsmål skal lovligheden af en fællesskabsretsakt bedømmes på baggrund af de oplysninger, der forelå på det tidspunkt, hvor retsakten blev udstedt. Særligt må Kommissionens komplicerede vurderinger kun bedømmes på baggrund af de oplysninger, som Kommissionen sad inde med på det tidspunkt, hvor den anlagde vurderingerne (jf. Rettens dom af 23.11.2006, sag T-217/02, Ter Lembeek mod Kommissionen, Sml. II, s. 4483, præmis 82 og den deri nævnte retspraksis).

126 Kommissionen kan i denne forbindelse ikke kritiseres for, at den ikke har taget eventuelle oplysninger i betragtning, som kunne have været fremlagt for den under den administrative procedure, men som ikke er blevet det, da Kommissionen ikke er forpligtet til af egen drift at undersøge og forestille sig, hvilke forhold der kunne være blevet forelagt for den (dommen i sagen Ter Lembeek mod Kommissionen, nævnt i præmis 125 ovenfor, præmis 83).

127 På baggrund af indholdet af punkt 79 i beslutningen om at indlede proceduren og af betragtning 153 til den anfægtede beslutning og den fodnote, som er knyttet til denne betragtning, er det med rette, at Kommissionen har gjort gældende, at den hverken kunne eller var forpligtet til at undersøge spørgsmålet om eventuelle omkostninger ved offentlig tjeneste, da de franske myndigheder og de berørte parter ikke havde givet den nogen oplysninger herom, og da den på det tidspunkt, hvor den anfægtede beslutning blev vedtaget, ikke kunne tage oplysninger i betragtning, som først er blevet bragt til dens kendskab under den foreliggende sag.

128 EDF's argument om, at virksomhedens ret til forsvar blev tilsidesat, må forkastes, eftersom Den Franske Republik og EDF blev opfordret til at fremsætte bemærkninger om dette punkt under den administrative procedure, men ikke fandt det nødvendigt at efterkomme denne opfordring. EDF kan derfor ikke inden for rammerne af sit søgsmål for Retten hævde, at virksomheden ikke fik lejlighed til at vurdere, om det var nødvendigt at fremsætte argumenter vedrørende spørgsmålet, og at dens ret til forsvar tilsidesættes, hvis dens argumenter på dette punkt ikke behandles nu.

129 Det har ikke nogen betydning for denne konklusion, at der eventuelt var vurderingsforskelle mellem beslutningen om at indlede proceduren og den anfægtede beslutning, idet Kommissionen havde angivet i beslutningen om at indlede proceduren, at den fandt, at de regnskabsmæssige hensættelser til fornyelse af RAG kunne udgøre ny støtte. Det påhvilede derfor Den Franske Republik og EDF at drage de procedueremæssige konsekvenser, en sådan vurdering ville kunne have for dem, og at fremlægge relevante oplysninger for at forsvare deres standpunkt, hvilket de ikke gjorde.

130 Med hensyn til argumentet om, at Kommissionen alligevel behandlede spørgsmålet i punkt 79 i beslutningen om at indlede proceduren, men begrænsede sig til at anføre, at »den støtte, det drejer sig om, […] [har] givet EDF en driftsmæssig fordel, som for nærværende synes at overstige de omkostninger, der er forbundet med en hvilken som helst offentlig tjeneste«, er det nødvendigt at læse det punktum, hvoraf EDF har citeret uddrag, i den sammenhæng, hvori det indgår:

»En del af EDF's virksomhed består i at levere offentlige tjenesteydelser. De franske myndigheder har hvad dette angår ganske vist endnu ikke påberåbt sig artikel 86, stk. 2 [EF], men understreget, at det påhviler EDF at løse opgaver af offentlig karakter. De franske myndigheder har imidlertid ikke fremlagt nogen vurdering af, hvor store omkostninger disse forpligtelser har påført EDF. Det er derfor ikke muligt at fastslå, hvilken sammenhæng der er mellem de forskellige former for statsstøtte, denne virksomhed nyder godt af, og de omkostninger, som er forbundet med at løse de offentlige opgaver, der er pålagt den. Under alle omstændigheder forekommer den støtte, det drejer sig om, og som i det væsentlige har form af særlige undtagelser fra de

bestemmelser, der normalt gælder på regnskabs- og erhvervsområdet, at have givet EDF en driftsmæssig fordel, som for nærværende synes at overstige de omkostninger, der er forbundet med en hvilken som helst offentlig tjeneste. EDF er ikke blevet tilført kapital længe. Den støtte, det drejer sig om, har reelt bidraget til at finansiere EDF's aggressive ekspansion gennem erhvervelse af kapitalandele i udlandet. En sådan anvendelse af de pågældende midler forekommer at falde uden for, hvad der kan betragtes som en acceptabel offentlig opgave.«

131 Der var således kun tale om en midlertidig vurdering og en opfordring til såvel Den Franske Republik som EDF om at fremlægge oplysninger med henblik på eventuelt at omstøde denne foreløbige vurdering. Sagsøgeren kan derfor ikke støtte sig på den.

132 På samme måde kan Kommissionen ikke kritiseres for, at punkt 79 i beslutningen om at indlede proceduren drejer sig om alle de former for støtte, den havde undersøgt, og ikke kun den, Kommissionen i sidste instans erklærede for uforenelig med fællesmarkedet, og som den påbød tilbagesøgt i den anfægtede beslutnings artikel 3 og 4, dvs. den omtvistede foranstaltning.

133 Det andet anbringendes første led må derfor forkastes.

Andet led: manglende påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne

— Parternes argumenter

134 EDF har hævdet, at den omtvistede foranstaltning ikke påvirkede samhandelen mellem medlemsstaterne som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF, dels fordi begrebet »samhandel« på baggrund af Fællesskabets retspraksis bør fortolkes som »synonymt« med begrebet »konkurrence«, dels fordi samhandelen mellem etablerede nationale

producenter, der på det pågældende tidspunkt havde en monopolstilling i deres respektive lande, ikke kan sidestilles med en situation, hvori der hersker konkurrence.

135 EDF har gjort gældende, at Retten har knyttet en klar forbindelse mellem begreberne »samhandelen mellem medlemsstaterne« og »konkurrence«, og har hvad dette angår henvist til, at den har udtalt, at på statsstøtteområdet er betingelserne om henholdsvis påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne og fordrejning af konkurrencen som hovedregel uløseligt forbundet (Rettens dom af 15.6.2000, forenede sager T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 — T-607/97, T-1/98, T-3/98 — T-6/98 og T-23/98, Alzetta m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2319, præmis 81, og af 4.4.2001, sag T-288/97, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia mod Kommissionen, Sml. II, s. 1169, præmis 44).

136 Ifølge EDF bekræftede Domstolen denne fremstilling i sin dom af 23. oktober 1997 (sag C-159/94, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5815), hvori den forkastede Kommissionens argument om, at ophævelsen de enerettigheder til import og eksport, der var tildelt EDF og Gaz de France (GDF), ville fremme udviklingen af samhandelen i Fællesskabets interesse, og fastslog, at det påhvilede Kommissionen først at definere den interesse for Fællesskabet, i forhold til hvilken udviklingen i samhandelen skulle vurderes. Ifølge EDF sammenkædede Domstolen således klart begreberne »fordrejning af konkurrencen« og »samhandelen mellem medlemsstaterne«.

137 EDF har gjort gældende, Kommissionen i den anfægtede beslutning ganske vist indgående beskrev den samhandel, der, før sektoren blev liberaliseret, havde kunnet finde sted mellem elektricitetsproducenter i medlemsstaterne, som for størstedelens vedkommende havde en monopolstilling, men at det står klart, at der ikke forelå en »situation, hvori der herskede egentlig konkurrence«, før liberaliseringen, der kun skete gradvis, i takt med at direktiv 96/92 blev gennemført.

138 Hvad nærmere angår Frankrig i den omhandlede periode (1986-1997) har EDF hævdet, at elektricitetssektoren klart var lukket for konkurrence. Selv om der blev vedtaget flere

direktiver i denne periode (Rådets direktiv 90/547/EØF af 29.10.1990 om transit af elektricitet gennem de overordnede net (EFT L 313, s. 30) og direktiv 96/92), tog det i flere medlemsstater tid at gennemføre dem, »fordi de oprindelige forhold var komplicerede og elektricitetsstrukturerne i Fællesskabet forskellige«, således som det daværende medlem af Kommissionen med ansvar for konkurrencespørgsmål, K. Van Miert, dengang bemærkede.

139 Efter EDF's opfattelse kan det derfor ikke hævdes, at der i perioden 1987-1996 forelå en »situation, hvori der herskede egentlig konkurrence« i Frankrig eller, i øvrigt, noget andet europæisk land.

140 EDF har i den forbindelse peget på, at Kommissionen for at vise, at der foregik en konkurrencepåvirkende samhandel mellem medlemsstaterne, giver et stort antal eksempler i den anfægtede beslutning, men at de vedrører perioder efter 1997. Det gælder således bl.a. erhvervelsen af en tredjedel af kapitalen i den tyske virksomhed EnBW Energie Baden-Württemberg AG, erhvervelsen af produktions- og distributionskapacitet i London Electricity, overtagelsen af kontrollen med virksomheden Fenice, indgåelsen af et partnerskab med Fiat med henblik på køb af Montedison og et partnerskab med Véolia Environnement gennem selskabet Dalkia.

141 Sammenfattende finder EDF, at der fra 1986 til 1997 nok forekom samhandel mellem EDF og andre nationale producenter i Europa, som havde indgået langfristede aftaler, der i mange tilfælde gjorde det muligt for dem ikke at foretage produktive investeringer, man at langt de fleste af EDF's »modstykker« havde en monopolstilling i deres respektive lande, hvorfor denne samhandel på ingen måde påvirkede konkurrencen inden for Fællesskabet.

142 Kommissionen har bestridt denne argumentation.

— Rettens bemærkninger

143 I artikel 87, stk. 1, EF forbydes støtte, der påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, eller som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencen.

144 Med henblik på en national foranstaltnings kvalificering som statsstøtte skal det ikke godtgøres, at støtten reelt påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne og faktisk fordrejer konkurrencen, men alene undersøges, om støtten kan påvirke denne samhandel og fordreje konkurrencen (jf. Domstolens dom af 10.1.2006, sag C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze m.fl., Sml. I, s. 289, præmis 140 og den deri nævnte retspraksis).

145 Desuden, hvis Kommissionen korrekt har forklaret, på hvilken måde den omtvistede støtte har kunnet have sådanne virkninger, påhviler det den ikke at foretage en økonomisk analyse af den reelle situation på det pågældende marked, de støttemodtagende virksomheders markedsandel, de konkurrerende virksomheders stilling og samhandelen mellem medlemsstaterne (jf. i denne retning Rettens dom af 29.9.2000, sag T-55/99, CETM mod Kommissionen, Sml. II, s. 3207, præmis 102, og af 6.9.2006, forenede sager T-304/04 og T-316/04, Italien og Wam mod Kommissionen, Sml. II, s. 64, præmis 64).

146 Når en støtte, der er ydet af en medlemsstat, styrker en virksomheds stilling i forhold til andre virksomheder, som den konkurrerer med i samhandelen inden for Fællesskabet, må det antages, at denne samhandel påvirkes af støtten (jf. dommen i sagen Cassa di Risparmio di Firenze m.fl., nævnt i præmis 144 ovenfor, præmis 141 og den deri nævnte retspraksis).

147 Den omstændighed, at en økonomisk sektor har været genstand for liberalisering på fællesskabsplan, er i den henseende tilstrækkelig med henblik på redegørelsen for den faktiske eller potentielle virkning af støtten for konkurrencen såvel som for støttens

påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne (jf. dommen i sagen Cassa di Risparmio di Firenze m.fl., nævnt i præmis 144 ovenfor, præmis 142 og den deri nævnte retspraksis).

148 Endvidere er det ikke nødvendigt, at den begunstigede virksomhed selv tager del i samhandelen mellem medlemsstaterne. Når en medlemsstat tildeler støtte til en virksomhed, kan den indenlandske aktivitet fastholdes eller styrkes, hvilket vil svække andre medlemsstaters virksomheders mulighed for at etablere sig på denne medlemsstats marked. Derudover vil en styrkelse af en virksomhed, der indtil dette tidspunkt ikke havde taget del i samhandelen mellem medlemsstaterne, kunne bringe den i en position, der ville give den mulighed for at etablere sig på en anden medlemsstats marked (jf. dommen i sagen Cassa di Risparmio di Firenze m.fl., nævnt i præmis 144 ovenfor, præmis 143 og den deri nævnte retspraksis).

149 I det foreliggende tilfælde anførte Kommissionen i betragtning 104-112 og 114-115 til den anfægtede beslutning, at der, selv uden de direktiver, der havde til formål at liberalisere elektricitetssektoren, fandtes en vis grad af konkurrence inden for denne sektor, i det mindste på visse markeder — ikke kun, navnlig, markeder, hvorpå EDF drev virksomhed i den omhandlede periode, men også, i visse medlemsstater, andre markeder, som endnu ikke var fuldt åbne for konkurrence.

150 Dette har EDF ikke bestridt.

151 EDF har heller ikke bestridt, at virksomheden eksporterede elektricitet til andre medlemsstater, hvori åbningen af markederne allerede var blevet gennemført.

152 At det franske marked, eller i det mindste en del deraf, var lukket for konkurrence, er derfor ikke relevant, selv hvis det er rigtigt.

153 Kommissionen kan følgelig ikke kritiseres for ikke have redegjort nærmere for muligheden for, at den omtvistede foranstaltning kunne påvirke samhandelen inden for Fællesskabet.

154 EDF's argumentation på dette punkt kan derfor ikke tiltrædes.

155 Det andet anbringendes andet led må følgelig forkastes.

Det andet anbringendes tredje led: kvalifikationen af de omhandlede foranstaltninger som kapitaltilførsel og spørgsmålet om, hvorvidt staten ved at gennemføre dem handlede som en opmærksom privat investor i et samfund med markedsøkonomi

— Parternes argumenter

156 EDF har peget på, at staten i 1997 var eneaktionær i virksomheden. På dette tidspunkt var EDF »stærkt underkapitaliseret«, og virksomhedens balance udviste »åbenbar uligevægt«. Dens egenkapital var på 24,2 mia. FRF, den havde gæld på lån på i alt 131,9 mia. FRF (dvs. en nettogæld/egenkapital-ratio på 480%) og nettoaktiver på 696,4 mia. FRF.

157 EDF har gjort gældende, at staten derfor ønskede at styrke den offentlige virksomheds egenkapital og ændre den økonomiske balance mellem staten og virksomheden med henblik på at nærme dens stilling til den, hvori dens store konkurrenter inden for den europæiske elektricitetssektor befandt sig, således at den fik mulighed for at forberede sig på »omvæltningen af dens økonomiske og lovgivningsmæssige ramme«. Dermed handlede staten, som en opmærksom privat investor ville have gjort, idet dette begreb

efter EDF's opfattelse skal fortolkes på baggrund af de meget særlige forhold, der kendetegner den økonomiske sektor, hvori EDF driver virksomhed.

158 EDF har anført, at det i 1997 i denne sammenhæng blev besluttet at præcisere dels RAG's ejendomsmæssige stilling — og at bringe de »uklarheder«, der kendetegnede den, til ophør — dels, ved samme lejlighed, den særlige regnskabsmæssige behandling af RAG, som var blevet kritiseret af den franske revisionsret, og samtidig omstrukturere EDF's balance.

159 Dette dobbelte formål — præcisering af RAG's ejendomsmæssige stilling med de regnskabsmæssige konsekvenser, dette ville have, og omstrukturering af EDF's balance — var angivet i virksomhedsaftalen af 8. april 1997 (jf. præmis 31 ovenfor) og beskrevet »fuldstændig klart« i forarbejderne til lov nr. 97-1026.

160 EDF har, støttet af Den Franske Republik, i det væsentlige gjort gældende, at omklassificeringen af koncessionsgiverens rettigheder i medfør af lov nr. 97-1026 udgør kapitaltilførsel, og har fremhævet, at Den Franske Republik konsekvent fremførte dette standpunkt under den administrative procedure, men at Kommissionen forkastede denne argumentation uden at realitetsbehandle den af de to grunde, der anføres i betragtning 96 og 97 til den anfægtede beslutning.

161 Ifølge EDF vidner dette om en »åbenbar mangel på forståelse« hos Kommissionen af rekapitaliseringens økonomiske karakter. Kommissionen fejlfortolkede følgelig begrebet »statsstøtte« og tilsidesatte artikel 87 EF.

162 EDF har nærmere gjort gældende, at rekapitaliseringen — der blev foretaget ved direkte at overføre koncessionsgivers rettigheder fra passivposten »Modværdi af koncessio-

nerede aktiver« til passivposten »Kapitaltilførsler« med et beløb på 14,119 mia. FRF pr. 31. december 1996 — blev gennemført med midler, der var økonomisk og skattemæssigt neutrale, og på den »i sammenhængen naturligste måde«, dvs. ved lovgivning, idet der af effektivitetshensyn blev anvendt den samme lov, som var nødvendig for, at EDF kunne anses for ejer af RAG.

163 EDF har fremhævet, at de nævnte regnskabsmæssige justeringer på grund af selve deres art krævede lovgivning. Opførelsen som kapitaltilførsel af modværdien af de koncessionerede aktiver henhørte nemlig under lovgivers kompetence, eftersom EDF's kapital var blevet fastlagt i artikel 16 i lov nr. 46-628, hvori det bestemmes, at den »tilhører nationen«, at den er »uafhændelig«, og at den »i tilfælde af driftstab skal genoprettes over resultaterne af senere regnskabsår«. Ifølge artikel 1 i bekendtgørelse nr. 56-493 af 14. maj 1956 om kapitaltilførsler til EDF og GDF (JORF af 19.5.1956, s. 4613) var sådanne tilførsler omfattet af de samme bestemmelser som dem, der blev fastsat i artikel 16 i lov nr. 46-628.

164 EDF har, støttet af Den Franske Republik, anført — og bekræftet i deres svar på de skriftlige spørgsmål, Retten har stillet dem — at staten havde valget mellem to løsninger (som EDF har benævnt »den korte metode« og »den lange metode«), der ville føre til nøjagtig de samme resultater: enten foretage en supplerende kapitaltilførsel ved direkte at omklassificere en del af de skattefrie regnskabsmæssige hensættelser til fornyelse af RAG ved lov, eller først tilføre EDF's kapital et nettobeløb efter selskabsskat, anmode EDF om at betale en skat, der svarede til forøgelsen af nettoaktiverne, og derpå foretage en supplerende kapitaltilførsel med et beløb svarende til den betalte skat.

165 Staten fandt ifølge EDF, at den førstnævnte løsning var »økonomisk logisk og finansielt lige så neutral« som den sidstnævnte, og at denne fremgangsmåde desuden var blevet godkendt af den franske revisionsret.

166 Det fremgår klart af Kommissionens argumentation, at den, hvis staten havde valgt at foretage kapitaltilførslen ifølge sidstnævnte løsning, ville have anvendt kriteriet om den opmærksomme private investor. Det viser ifølge EDF, at det kun var valget af det middel, staten benyttede til at foretage kapitalforhøjelsen, der foranledigede Kommissionen til principielt at undlade at anvende kriteriet om den private investor.

167 EDF har gjort gældende, at det således fremgår af betragtning 96 til den anfægtede beslutning og af Kommissionens skriftlige indlæg, at det, den kritiserede, var valget af det middel, der var blevet anvendt til at gennemføre kapitalforhøjelsen. En sådan argumentation er »rent formalistisk og fuldstændig irrelevant«.

168 EDF har anført, at bemærkningen i den anfægtede beslutning om, at Kommissionen »[kun kan] afvise disse argumenter [om, at der var tale om en rekapitalisering]« under henvisning til, at kriteriet om den private investor »kun finder anvendelse i forbindelse med udøvelse af økonomiske aktiviteter og ikke i forbindelse med udøvelsen af reguleringsbeføjelser«, dels udgør en indblanding i procedurer henhørende under national ret, som er fællesskabsretten uvedkommende, dels er udtryk for en formalisme, der er konkurrenceretten fremmed.

169 EDF har medgivet, at staten ganske vist for at gennemføre kapitalforhøjelsen anvendte et middel, der ikke står til rådighed for almenretlige selskaber, nemlig omklassificering af koncessionsgiverrettigheder ved en lov. Den handlede imidlertid ikke inden for rammerne af sine reguleringsbeføjelser eller sine beføjelser som offentlig myndighed.

170 At anlægge den modsatte betragtning ville, for det første, være ensbetydende med at se bort fra, at EDF's status og fastlæggelsen af virksomhedens kapital selv henhører under lovgivningens område.

171 EDF har i det væsentlige anført, at det på grund af virksomhedens særlige art påhvilede staten at foretage kapitalforhøjelsen ved lov. Da en lov var nødvendig for, at EDF kunne anses for at have været ejer af RAG fra begyndelsen, har EDF vanskeligt ved at forstå, hvorfor lovgiver ikke skulle have fulgt den samme fremgangsmåde som den, der var beskrevet i virksomhedsaftalen af 8. april 1997 (jf. præmis 31 ovenfor), og omstruktureret virksomhedens balance ved at ændre artikel 16 i lov nr. 46-628.

172 For det andet har EDF i det væsentlige gjort gældende, at staten derved i realiteten handlede, som en »opmærksom aktionær« i virksomheden ville gøre under sædvanlige markedsvilkår, som nødvendigvis skal bedømmes i forhold til de objektive oplysninger, der kan efterprøves (Domstolens dom af 3.7.2003, forenede sager C-83/01 P, C-93/01 P og C-94/01 P, Chronopost m.fl. mod Ufex m.fl., Sml. I, s. 6993, præmis 38).

173 For det tredje har EDF hævdet, at Kommissionen ved på forhånd at nægte den franske stat at rekapitalisere en offentlig virksomhed på den måde, den finder er den mest passende, begik en retlig fejl i strid med artikel 295 EF, hvori det fastslås, at »fællesskabsretten er neutral for så vidt angår de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne«.

174 For det fjerde finder EDF, at der, selv forudsat at der kunne være valgt en anden fremgangsmåde, ikke var noget, der berettigede den overdrevne formalisme, som blev udvist af Kommissionen, der, uden så meget som at drøfte argumentet om, at der var tale om en rekapitalisering af virksomheden, afviste det udelukkende med den begrundelse, at det middel, hvormed rekapitaliseringen var blevet gennemført, »principielt« betød, at den foranstaltning, staten havde truffet, måtte kvalificeres som statsstøtte. Ifølge EDF er det derimod et centralt element i Fællesskabets retspraksis, at den form, en foranstaltning måtte have, ikke har nogen betydning for, om den skal kvalificeres som statsstøtte.

175 EDF har nærmere hævdet, at det med hensyn til at kvalificere en foranstaltning som statsstøtte ikke tillægges nogen betydning i retspraksis, hvilken form foranstaltningen måtte have, eller hvilken statslig myndighed der har truffet bestemmelse om den, idet disse faktorer er irrelevante for den prøvelse, der foretages på grundlag af artikel 87, stk. 1, EF.

176 Endvidere har Kommissionen ifølge EDF selv anført, at den »undersøger støtteforanstaltningernes forenelighed med fællesmarkedet, ikke på grundlag af den form, de antager, men på grundlag af deres virkninger« (punkt 7 i Kommissionens meddelelse om anvendelsen af statsstøttereglerne på foranstaltninger vedrørende direkte beskatning af virksomhederne (EFT 1998 C 384, s. 3)). Kommissionen burde derfor ikke uden at undersøge det have forkastet argumentet om, at foranstaltningen var en rekapitalisering, alene på grundlag af en rent formel betragtning, nemlig med hvilket middel, rekapitaliseringen var blevet foretaget.

177 EDF finder, at når den form, hvorunder en foranstaltning gennemføres, er uden betydning for, om den skal kvalificeres som statsstøtte, kan Kommissionen heller ikke påberåbe sig formen som argument — og slet ikke som det eneste argument — med henblik på at forkaste en argumentation, der har til formål at bestride, at foranstaltningen skal kvalificeres som statsstøtte.

178 For det femte har EDF peget på, at Kommissionen allerede i en lang række sager har fundet, at en kapitaltilførsel kan have forskellig form: tegning af virksomhedsobligationer (Kommissionens beslutning 94/662/EF af 27.7.1994 om CDC-Participations tegning af obligationslån emitteret af Air France (EFT L 258, s. 26)), afskrivning af en gæld med henblik på at foretage et kapitalindskud (Kommissionens beslutning 89/58/EØF af 13.7.1988 om den britiske regerings støtte til Rover-koncernen, der fremstiller motorkøretøjer (EFT 1989 L 25, s. 92)), konvertering af lån til kapital (Kommissionens beslutning 90/224/EØF af 24.5.1989 om den italienske regerings støtte til to statsejede virksomheder i aluminiumsindustrien, Aluminia og Comsal (EFT 1990 L 118, s. 42)), konvertering af gæld til andele, der blev anset for at svare til et kapitalindskud på det samme beløb (Kommissionens beslutning 94/696/EF af 7.10.1994 om støtte fra den græske stat til Olympic Airways (EFT L 273, s. 22)), »tilbageførsel« af hensættelser til dækning af fremtidige pensionsudgifter og overførsel af hensættelserne til en merværdireserve (beslutning K(2003) 2508 (jf. præmis 120 ovenfor)).

179 Desuden har Kommissionen ifølge EDF allerede anvendt kriteriet om en privat investor i et samfund med markedsøkonomi på en foranstaltning, som er gennemført ved en lov, og som dermed er en følge af statens udøvelse af sine beføjelser, som f.eks. i sagen

Siciliana Acque Minerali [Kommissionens beslutning 2000/648/EF af 21.6.2000 om Italiens statsstøtte til fordel for selskabet Siciliana Acque Minerali Srl (EFT L 272, s. 36)).

180 Sammenfattende hvad dette punkt angår er det forhold, at en kapitaltilførsel er foretaget ved en lov, derfor ikke til hinder for at anvende kriteriet om den private investor på foranstaltningen.

181 Ifølge EDF påhvilede det følgelig Kommissionen at undersøge, om de foranstaltninger, der var blevet gennemført i medfør af lov nr. 97-1026, udgjorde »en kapitalforhøjelse, som var lovlig hvad såvel fremgangsmåden som beløbet angår«, således som den franske stat hævdede.

182 Endvidere har EDF peget på, at det for at fastslå, om en statslig foranstaltning udgør støtte, ifølge Domstolen skal undersøges, om den støttemodtagende virksomhed får en fordel, den ikke ville have opnået under sædvanlige markedsvilkår (dommen i sagen Chronopost m.fl. mod Ufex m.fl., nævnt i præmis 172 ovenfor, præmis 38).

183 Ifølge EDF har begrebet »normale markedsvilkår« ligeledes central betydning, når ligebehandlingsprincippet skal anvendes i forbindelse med foranstaltninger, der kommer en offentlig virksomhed til gode. Det fremgår nemlig af princippet om ligebehandling af offentlige og private virksomheder, at den kapital, som staten direkte eller indirekte indskyder i en virksomhed på vilkår, der svarer til normale markedsvilkår, ikke kan anses for statsstøtte (Domstolens dom af 16.5.2002, sag C-482/99, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4397, præmis 69).

184 Hvis man skulle tiltræde Kommissionens standpunkt, ville EDF ifølge virksomheden ikke kunne påberåbe sig denne retspraksis, eftersom de omstændigheder, hvorunder den omtvistede foranstaltning blev truffet, ikke svarer til normale markedsvilkår alene af den grund, at statens anvendelse af sine skattemæssige beføjelser falder uden for

almindelig ret. EDF har imidlertid gjort gældende, at skønt virksomheden ikke bestrider, at det middel, staten anvendte, falder uden for almindelig ret, kan kvalifikationen som statsstøtte ikke begrænses til kun at vedrøre dette ene formelle aspekt og dermed føre til, at der ikke tages stilling til realiteten.

185 Endvidere finder EDF, at Domstolens dom af 28. januar 2003, Tyskland mod Kommissionen (sag C-334/99, Sml. I, s. 1139), som Kommissionen har påberåbt sig i sine skriftlige indlæg — og ifølge hvilken der skal sondres mellem de forpligtelser, staten hæfter for som ejer af et selskabs aktiekapital, og de forpligtelser, der kan påhvile den som offentlig myndighed — i realiteten underbygger virksomhedens standpunkt, eftersom det forudsættes i denne dom, at der drages en sammenligning mellem statens adfærd, når den handler som investor, og en privat investors adfærd under normale markedsvilkår. I den anfægtede beslutning afslog Kommissionen imidlertid fra begyndelsen at foretage en sådan undersøgelse, hvilket strider imod neutralitetsprincippet.

186 Over for Kommissionens argumentation om, at EDF blot blev indrømmet en »skattelettelse« eller et »afkald på et tilgodehavende«, har EDF gjort gældende, at en privat aktionær ligeledes kan forhøje et datterselskabs kapital ved at konvertere en fordring til kapital, og at denne fremgangsmåde i økonomisk forstand er fuldt sammenlignelig med det af Kommissionen kritiserede »afkald på et tilgodehavende«.

187 Ifølge sagsøgeren kan et moderselskab, som har en fordring på sit datterselskab, nemlig vælge ganske enkelt at give afkald på fordringen og dermed give datterselskabet en gevinst, som dette principielt skal svare skat af, medmindre der kan fremføres et skattemæssigt underskud. Efter at det pågældende beløb er blevet beskattet, kan datterselskabet efter eget valg anvende det til udbetaling af udbytte, oprettelse af reserver osv. Moderselskabet kan imidlertid også vælge at tegne en forhøjelse af datterselskabets kapital på et beløb, der svarer til dets fordring. EDF har, støttet af Den Franske Republik, anført, at sidstnævnte fremgangsmåde efter fransk skatteret ikke giver datterselskabet en skattepligtig gevinst.

188 EDF har gjort gældende, at denne fremgangsmåde ganske vist adskiller sig fra den omtvistede rekapitalisering ved valget af middel, men at staten i det foreliggende tilfælde ikke desto mindre foretog, hvad der i økonomisk forstand kan sidestilles med en kapitalforhøjelse ved konvertering af en fordring. Denne fremgangsmåde står også til rådighed for en privat virksomhed.

189 Ifølge EDF kunne Kommissionen derfor ved bestemmelsen af, om der forelå »normale markedsvilkår«, ikke kunstigt begrænse sig til alene at undersøge det anvendte middels form, men skulle også have undersøgt dets substans, dvs. have vurderet, om foranstaltningen var økonomisk rationel; en sådan vurdering skal foretages ud fra sammenhængen på det pågældende tidspunkt, og Kommissionen må ikke basere den på en senere situation.

190 EDF har peget på, at Domstolen i dommen i sagen Chronopost m.fl. mod Ufex m.fl., nævnt i præmis 172 ovenfor, præmis 38, fastslog, at da det ikke var muligt at sammenligne La Postes situation med den situation, som en privat koncern på et ikke-monopoliseret område befinder sig i, skulle de »sædvanlige markedsvilkår«, som nødvendigvis er hypotetiske, bedømmes i forhold til de tilgængelige objektive oplysninger, der kunne efterprøves.

191 Ifølge EDF drejede det sig i sagen Chronopost m.fl. mod Ufex m.fl., nævnt i præmis 172 ovenfor, om at sammenligne omkostninger, mens det i den foreliggende drejer sig om at sammenligne de markedsbetingelser, hvorunder der foretages en kapitalforhøjelse. Hvad der udgør sædvanlige markedsvilkår, skal imidlertid ifølge selve ordlyden af dommen i sagen Chronopost m.fl. mod Ufex m.fl. bedømmes i forhold til de tilgængelige objektive oplysninger, der kan efterprøves. Heraf følger efter EDF's opfattelse, at Kommissionen ikke uden at begå en retlig fejl og forvanske begrebet »statsstøtte« kunne »undgå« at foretage denne bedømmelse med den rent formelle begrundelse, dette middel udgør, hvormed staten havde foretaget kapitalforhøjelsen.

192 Endelig har EDF i det væsentlige hævdet, at kriteriet om den private investor ville have været opfyldt, hvis Kommissionen havde anvendt det.

193 Til støtte for sin argumentation på dette punkt, således som den er fremført i stævningen og replikken, har EDF i forbindelse med fremsættelsen af sine bemærkninger til Den Franske Republiks interventionsindlæg fremlagt »Oxera-rapporten«, som ifølge EDF giver Retten supplerende vurderingsbidrag, der bekræfter, at kriteriet om den private investor ville have været opfyldt, hvis Kommissionen havde anvendt det.

194 Kommissionen har gjort gældende, at kriteriet om den private investor ikke kunne anvendes i det foreliggende tilfælde.

195 Da staten vedtog bestemmelserne i lov nr. 97-1026, handlede den efter Kommissionens opfattelse som reguleringsmyndighed med det formål at fritage EDF for at betale en del af den skat, virksomheden var skyldig. Den handlede ikke som en aktionær i EDF, der ønsker få udbytte af virksomheden på mellemlang eller lang sigt.

196 Kommissionen har anført, at den, hvis den skulle følge den tankegang, EDF har gjort sig til talsmand for, skulle tillade staten i dens egenskab af skattemyndighed frit at udøve alle mulige former for »forskelsbehandling« ved hjælp af det skatteinstrument, den råder over i modsætning til private investorer. Sådanne kan nemlig kun rejse kapital for at foretage investeringer efter at have opfyldt deres skattemæssige forpligtelser.

197 Endvidere har Kommissionen i det væsentlige gjort gældende, at det ville føre til en »farlig situation«, hvis det blev tilladt staten at påberåbe sig kriteriet om den private investor, når den handler i sin egenskab af reguleringsmyndighed og gør brug af sine skattemæssige beføjelser, idet staten i så fald kunne påberåbe sig, at enhver skattefritagelse, der blev indrømmet økonomisk velfunderede offentlige virksomheder, ikke var omfattet af reglerne for statsstøtte, da fritagelserne ville opfylde kriteriet om den private investor. En sådan situation ville give anledning til »forskelsbehandling af virksomheder, der ikke er så heldige at have staten som aktionær og/eller investor«.

198 Derfor strider EDF's argumentation efter Kommissionens opfattelse mod artikel 87 EF, idet det fratager denne bestemmelse dens effektive virkning, således som det følger af betragtning 97 til den anfægtede beslutning.

199 Ifølge Kommissionen er selve grundlaget for hele sagsøgerens argumentation behæftet med en fejlagtig forudsætning, nemlig at kriteriet om den private investor kan anvendes på foranstaltningen som helhed, dvs. ikke kun den påståede kapitaltilførsel, men også det forudgående trin, hvorpå staten greb ind i sin egenskab af skattemyndighed og indførte den »skattefritagelse«, den omtvistede foranstaltning består i.

200 Hvis den franske stats handlinger imidlertid skulle sammenlignes med en privat investors, skulle der ifølge Kommissionen have været betalt selskabsskat af de retsstridige hensættelser, EDF foretog under koncessionsgivers rettigheder, inden de eventuelt blev indskudt som kapital i EDF. Kun en sådan beskatning af hensættelserne kunne have stillet den franske stat lige med en privat investor og gjort det muligt for Kommissionen eventuelt at sammenligne den franske stats handlinger med en privat erhvervsdrivendes. Da denne forudsætning ikke var opfyldt, kunne Kommissionen ikke foretage en sådan sammenligning.

201 Kommissionen har gjort gældende, at det, hvis den franske stat blev stillet lige med en privat investor, ikke kan bestrides, at en skattelettelse indrømmet af »staten som reguleringsmyndighed« ikke er forbundet med de samme omkostninger som en investering foretaget af »staten som investor«. I førstnævnte tilfælde ville det for at lade 100 EUR tilføres en virksomhed være tilstrækkeligt for staten at give afkald på at beskatte dette beløb. Hvis det samme beløb derimod skulle tilføres en virksomhed fra en privat investor, ville de skattebyrder, det havde båret, skulle lægges til det, for at virksomheden kunne disponere frit over det. I det foreliggende tilfælde ville der således have skullet betales en selskabsskat på 41,66% af det nævnte beløb på 100 EUR. For at yde 100 EUR skulle en privat investor følgelig have rejst 141,66 EUR.

202 Kommissionen har i denne forbindelse anført, at de eksempler, EDF har givet vedrørende et moderselskabs afkald på en fordring på sit datterselskab, ikke vedrører en offentlig myndigheds beføjelser, men redskaber, der kan benyttes af en privat investor på markedet, idet de drejer sig om fordringer af erhvervsmæssig og ikke af skattemæssig art. Der er således ikke tale om en rent formel sondring, da omkostningerne for staten nødvendigvis ville være lavere end for den private investor.

203 Kommissionen har påpeget, at dens handlinger i medfør af det i artikel 295 EF fastsatte princip om neutralitet over for, hvilken ejendomsretlig ordning virksomhederne er omfattet af, hverken kan begunstige eller stille de offentlige myndigheder ringere, når de indskyder kapital i virksomheder. Ifølge Kommissionen har imidlertid hverken Domstolen eller Retten, så vidt det er Kommissionen bekendt, nogensinde anerkendt, at en stat som aktionær, der gør brug af sine skattemæssige beføjelser, som falder uden for almindelig ret, kan sidestilles med en privat investor.

204 Kommissionen har i det væsentlige understreget, at det forhold, at den ikke godkender »skattelettelser«, ikke er dikteret af et rent formelt hensyn, men skyldes, at en fordring retligt kan have form af en direkte støtte og af et afkald på en fordring. Det principielle forbud mod sådanne »skattelettelser« er kun et udtryk for anvendelsen af det førnævnte neutralitetsprincip, som er blevet fastslået af Domstolen, ifølge hvilken »der må […] sondres mellem de forpligtelser, staten hæfter for som ejer af et selskabs aktiekapital, og de forpligtelser, der kan påhvile den som offentlig myndighed« (dommen i sagen Tyskland mod Kommissionen, nævnt i præmis 185 ovenfor, præmis 134).

205 Kommissionen har anført, at det i denne sag drejede sig om, hvorvidt »staten som investor« med føje kunne påberåbe sig kriteriet om den private investor med henblik på ikke at være omfattet af artikel 87, stk. 1, EF. I dette øjemed er det nødvendigt at påvise, at staten har handlet under vilkår, som anses for normale for en privat investor. Ifølge Kommissionen påpeger Domstolen i den nævnte dom, at udøvelse af en beføjelse som offentlig myndighed ikke er et normalt markedsvilkår.

206 Desuden har Kommissionen peget på, at generaldirektoratet for skatter og afgifter i et notat, der blev fremsendt den 9. april 2002, udtalte, at »koncessionsgivers rettigheder vedrørende RAG repræsenterer en ikke-forfalden gæld, som ved at blive konverteret til kapital uretmæssigt blev fritaget for skat«. Heraf følger klart, at der var tale om en »skattelettelse« og ikke en investering.

207 Kommissionen har anført, at den omtvistede foranstaltning, i modsætning til hvad EDF har gjort gældende, ikke har noget at gøre med en foranstaltning, hvorved der gives afkald på en fordring ved at konvertere den til kapital i virksomheden, og at det er med urette, at EDF har forsøgt at reducere diskussionen til kun at dreje sig om, at Kommissionen foretog en rent formel vurdering uden at undersøge, om foranstaltningen var økonomisk rationel.

208 Kommissionen har mindet om, at den argumentation, der ligger til grund for anvendelsen af kriteriet om den private investor, går ud på, at man af hensyn til en korrekt anvendelse af EF-traktatens bestemmelser om statsstøtte skal undgå enhver »forskelsbehandling« mellem offentlige og private virksomheder, og fremhævet, at det er fast retspraksis, at »kriteriet om, hvordan en privat investor, der driver virksomhed på normale markedsøkonomiske vilkår, ville bære sig ad, udspringer af princippet om ligebehandling af den offentlige og private sektor, i henhold til hvilket kapital, som staten direkte eller indirekte indskyder i en virksomhed på vilkår, der svarer til normale markedsvilkår, ikke kan anses for statsstøtte« (dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen, nævnt i præmis 183 ovenfor, præmis 69, og Rettens dom af 12.12.2000, sag T-296/97, Alitalia mod Kommissionen, Sml. II, s. 3871, præmis 80).

209 Skønt der ved anvendelsen af kriteriet om den private investor ikke er nogen tvivl om, at staten kan indskyde kapital i en virksomhed, kan en sådan foranstaltning således kun undgå at blive kvalificeret som statsstøtte, hvis de vilkår, hvorunder den gennemføres, »svarer til normale markedsvilkår«.

210 Ifølge Kommissionen følger det klart af denne retspraksis, at kriteriet om den private investor kun gælder i tilfælde, hvor de vilkår, hvorunder staten handler, svarer til normale markedsvilkår. Det følger ligeledes heraf, at de midler, staten anvender, er en integrerende del af disse vilkår, hvilket gælder så meget mere, når de anvendte midlers art og kendetegn ikke står til rådighed for en privat investor, der handler på normale markedsvilkår.

211 Desuden afføder en skattefritagelse på grund af sin art virkninger, som under alle omstændigheder ikke kan adskilles fra statens rolle som eneindehaver af statsoverhovedets beføjelse til at opkræve og fordele skatter. Da denne beføjelse er det »mest absolutte udtryk for statsmagten«, har udøvelsen af den — beskatning eller fritagelse for beskatning — ikke noget sidestykke hos en privat investor.

212 Med hensyn til dommen i sagen Chronopost m.fl. mod Ufex m.fl., nævnt i præmis 172 ovenfor, har Kommissionen anført, at det forekommer selvmodsigende på den ene side at gøre gældende, at den skulle have anvendt kriteriet om den private investor i det foreliggende tilfælde, og på den anden at påberåbe sig denne dom, hvori Domstolen på grund af den manglende mulighed for at drage en sammenligning fulgte en argumentation stik modsat den, der vedrører normale markedsvilkår. Kommissionen har mindet om, at det kun er staten, der kan handle som både skattemyndighed og investor.

213 Endelig har Kommissionen i det væsentlige subsidiært gjort gældende, at den omtvistede foranstaltning under alle omstændigheder ikke ville have opfyldt kriteriet om den private investor, hvis Kommissionen havde anvendt det.

214 Som svar på Rettens skriftlige spørgsmål har Kommissionen i det væsentlige bekræftet, at den ikke finder, at det påhvilede den at anvende kriteriet om den private investor, og at »Oxera-rapporten« ikke bør tages i betragtning på grund af det sene tidspunkt, hvorpå EDF har fremlagt den.

215 Derudover fremsatte Kommissionen en række supplerende argumenter under retsmødet.

216 Indledningsvis hævdede den, at ingen privat investor ville have kunnet rejse så stor en kapital med de samme omkostninger. Derfor fandtes der under alle omstændigheder ikke nogen privat investor, der kunne anvendes som sammenligningsgrundlag.

217 Endvidere anførte Kommissionen over for EDF's og Den Franske Republiks argumenter om, at omkostningerne ville have været de samme, uanset hvilken af de to løsninger, staten kunne vælge, der var blevet anvendt, at omkostningerne ved »den lange metode« ikke ville have været de samme. Ifølge Kommissionen ville EDF nemlig inden for rammerne af »den lange metode« først have betalt den skyldige skat, og dens finansielle værdi ville have været anderledes, hvis kriteriet om den private investor var blevet anvendt. Hvis »den lange metode« var blevet benyttet, ville den derfor — sandsynligvis — have givet andre resultater, hvis kriteriet om den private investor var blevet anvendt.

218 Endelig gjorde Kommissionen ligeledes gældende under retsmødet, at det beløb, skatten repræsenterede, skulle have været indbetalt til staten — om så blot for et kort tidsrum — inden det blev tilbagebetalt til EDF, og at den skyldige skat skulle have været opført på EDF's balance.

219 Kommissionen har ydermere gjort gældende, at hvis Retten tiltræder argumentationen om, at den omtvistede foranstaltning udgør en investering i form af en kapitaltilførsel, der skulle have været vurderet på grundlag af kriteriet om den private investor — hvilket Kommissionen er uenig i — skal Retten annullere den anfægtede beslutning, fordi den indeholder en åbenbar fejlvurdering, uden at prøve, om den franske stats handlinger opfyldte kriteriet eller ej, eftersom dette andet trin i vurderingen af den omtvistede foranstaltning skal foretages i den beslutning, Kommissionen ville skulle vedtage som følge af den dom, hvori den anfægtede beslutning blev annulleret. Retten ville nemlig ikke kunne prøve dette spørgsmål, da en sådan vurdering falder uden for den kompetence, som er tillagt Fællesskabets retsinstanser.

220 Under retsmødet gjorde Iberdrola, der navnlig henviste til generaladvokat Légers forslag til afgørelse af 14. januar 2003 forud for Domstolens dom af 24. juli 2003, Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg (sag C-280/00, Sml. I, s. 7747, på s. 7788), gældende, at kriteriet om den private investor i et samfund med markedsøkonomi principielt kun kan anvendes, når en stat yder støtte ved at gøre brug af beføjelser som offentlig myndighed. Ifølge intervenienten har kriteriet til formål at sikre ligebehandling af offentlige og private virksomheder. At anvende det på konverteringen af et skattetilgodehavende til kapitaltilførsel ville bevirke, at offentlige virksomheder fik en fordel, private virksomheder aldrig ville kunne nyde godt af. Det ville føre til et brud på ligebehandlingen til fordel udelukkende for offentlige virksomheder, der ville bero på den ydede støttes form. Ifølge intervenienten er dette formelle aspekt derfor afgørende, og kriteriet om den private investor kan aldrig anvendes i et sådant tilfælde.

— Rettens bemærkninger

221 Artikel 87 EF har til formål at hindre, at samhandelen mellem medlemsstaterne påvirkes af fordele, som indrømmes af offentlige myndigheder, og som under forskellige former fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencen ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner. Støttebegrebet kan ikke blot omfatte positive ydelser som bl.a. tilskud, lån eller deltagelse i virksomheders kapital, men ligeledes indgreb, der under forskellige former letter de byrder, som normalt belaster en virksomheds budget, og derved, uden at være tilskud i ordets egentlige forstand, er af samme art og har tilsvarende virkninger (jf. Domstolens dom af 8.5.2003, forenede sager C-328/99 og C-399/00, Italien og SIM 2 Multimedia mod Kommissionen, Sml. I, s. 4035, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis). Når en foranstaltning vurderes i relation til artikel 87 EF, skal der tages hensyn til alle de relevante elementer og deres sammenhæng (dommen i sagen Westdeutsche Landesbank Girozentrale og Land Nordrhein-Westfalen mod Kommissionen, nævnt i præmis 101 ovenfor, præmis 270).

222 Ifølge Domstolens praksis kan offentlige myndigheders indgreb i en virksomheds kapital, uanset under hvilken form dette indgreb sker, udgøre statsstøtte, når alle betingelserne i artikel 87, stk. 1, EF er opfyldt (jf. dommen i sagen Italien og SIM 2 Multimedia mod Kommissionen, nævnt i præmis 221 ovenfor, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis). I medfør af princippet om ligebehandling af offentlige og private

virksomheder kan dette dog ikke være tilfældet, når den kapital, staten direkte eller indirekte indskyder i en virksomhed, indskydes på vilkår, der svarer til normale markedsvilkår (jf. dommen i sagen Italien og SIM 2 Multimedia mod Kommissionen, nævnt i præmis 221 ovenfor, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

223 Det fremgår af retspraksis, at Domstolen med hensyn til statsstøtte sondrer mellem to former for tilfælde: tilfælde, hvor statens intervention er af økonomisk karakter, og tilfælde, hvor statens intervention er et led i udøvelsen af offentlig myndighed (jf. i denne retning Domstolens dom af 14.9.1994, forenede sager C-278/92 — C-280/92, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 4103, præmis 22, og i sagen Tyskland mod Kommissionen, nævnt i præmis 185 ovenfor, præmis 134, samt generaladvokat Légers forslag til afgørelse forud for dommen i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg, nævnt i præmis 220 ovenfor, punkt 20).

224 Kriteriet om den private erhvervsdrivende finder kun anvendelse i den første form for tilfælde, som omfatter tilfælde, hvor de offentlige myndigheder indskyder kapital i en virksomhed (jf. i denne retning Domstolens dom af 10.7.1986, sag 234/84, Belgien mod Kommissionen, Sml. s. 2263, præmis 14, »Tubemeuse-dommen«, nævnt i præmis 94 ovenfor, præmis 26, og Domstolens af 21.3.1991, sag C-305/89, Italien mod Kommissionen, »Alfa Romeo-dommen«, Sml. I, s. 1603, præmis 19), yder lån til bestemte virksomheder (jf. i denne retning Domstolens dom af 14.2.1990, sag C-301/87, Frankrig mod Kommissionen, »Boussac-dommen«, Sml. I, s. 307, præmis 38-41, og Rettens dom af 30.4.1998, sag T-16/96, Cityflyer Express mod Kommissionen, Sml. II, s. 757, præmis 8 og 51), yder en statsgaranti (jf. i denne retning Rettens dom af 13.6.2000, forenede sager T-204/97 og T-270/97, EPAC mod Kommissionen, Sml. II, s. 2267, præmis 67 og 68), sælger goder eller tjenesteydelser på markedet (jf. i denne retning Domstolens dom af 2.2.1988, forenede sager 67/85, 68/85 og 70/85, Van der Kooy m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 219, præmis 28-30, af 29.2.1996, sag C-56/93, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 723, præmis 10, og af 11.7.1996, sag C-39/94, SFEI m.fl., Sml. I, s. 3547, præmis 59-62) eller stiller faciliteter til rådighed til betaling af socialsikringsbidrag (jf. i denne retning Domstolens dom af 29.4.1999, sag C-342/96, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2459, præmis 46) eller til tilbagebetaling af socialsikringsbidrag. Kriteriet om den private erhvervsdrivende er relevant i denne form for tilfælde, idet den handling, staten foretager, i det mindste i princippet også kan foretages af en privat erhvervsdrivende med vinding for øje (jf. i denne retning generaladvokat Légers forslag til afgørelse forud for dommen i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg, nævnt i præmis 220 ovenfor, punkt 20 ff.).

225 Derimod er kriteriet om den private erhvervsdrivende ikke relevant, når statens intervention ikke er af økonomisk art. Dette er tilfældet, når de offentlige myndigheder yder et direkte tilskud til en virksomhed, indrømmer en afgiftsfritagelse (jf. i denne retning Domstolens dom af 15.3.1994, sag C-387/92, Banco Exterior de España, Sml. I, s. 877, præmis 14, af 19.5.1999, sag C-6/97, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2981, præmis 16, og af 19.9.2000, sag C-156/98, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 6857, præmis 25-28) eller en nedsættelse af sociale sikringsbidrag (Domstolens dom af 17.6.1999, sag C-75/97, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 3671, præmis 24 og 25, og Rettens dom af 27.1.1998, sag T-67/94, Ladbroke Racing mod Kommissionen, Sml. II, s. 1, præmis 110).

226 I denne form for tilfælde kan statens intervention ikke foretages af en privat erhvervsdrivende med vinding for øje, men er et led i udøvelsen af statens offentlige myndighed, f.eks. dens skatte- og afgiftspolitik eller dens socialpolitik (jf. i denne retning generaladvokat Légers forslag til afgørelse forud for dommen i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg, nævnt i præmis 220 ovenfor, punkt 20 ff.).

227 Det samme gælder statens udgifter i forbindelse med afskedigelse af ansatte, betaling af ydelser ved arbejdsløshed samt andre sociale ydelser (jf. i denne retning Rettens dom af 21.1.1999, forenede sager T-129/95, T-2/96 og T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke og Lech-Stahlwerke mod Kommissionen, Sml. II, s. 17, præmis 119), støtte til genskabelse af den industrielle infrastruktur, lån, staten har ydet på unormale betingelser, og istandsættelse af en grund med henblik på etablering af en teknologipark (jf. i denne retning dommen af 14.9.1994 i sagen Spanien mod Kommissionen, nævnt i præmis 223 ovenfor, præmis 22, dommen af 28.1.2003 i sagen Tyskland mod Kommissionen, nævnt i præmis 185 ovenfor, præmis 140, og Rettens dom af 8.7.2004, sag T-198/01, Technische Glaswerke Ilmenau mod Kommissionen, Sml. II, s. 2717, præmis 108).

228 Statslige foranstaltninger, som har til formål at opfylde de forpligtelser, der påhviler staten som offentlig myndighed, kan nemlig ikke sammenlignes med de foranstaltninger, en privat investor træffer i et samfund med markedsøkonomi.

229 For at fastslå, om foranstaltninger, staten har truffet, henhører under dens beføjelser som offentlig myndighed eller under de forpligtelser, den hæfter for som aktionær, skal foranstaltningerne vurderes ikke på grundlag af deres form, men på grundlag af deres art, deres indhold og de bestemmelser, de er omfattet af, idet det samtidig tages i betragtning, hvilket formål foranstaltningerne tager sigte på (jf. i denne retning Domstolens dom af 19.1.1994, sag C-364/92, SAT Fluggesellschaft, Sml. I, s. 43, præmis 30).

230 Når der derfor er tale om en virksomhed, hvis ansvarlige kapital udelukkende er i hænderne på de offentlige myndigheder, skal det navnlig vurderes, om en privat investor af en størrelse, der kan sammenlignes med organer, som forestår forvaltningen af den offentlige sektor, under tilsvarende omstændigheder kunne tænkes at ville have indskudt en kapital af den omhandlede størrelse ud fra udsigterne til rentabel drift, idet der herved skal ses bort fra ethvert socialt, politisk eller regionalt hensyn til den pågældende sektor (jf. i denne retning dommen af 10.7.1986 i sagen Belgien mod Kommissionen, nævnt i præmis 224 ovenfor, præmis 14, og i sagen Italien og SIM 2 Multimedia mod Kommissionen, nævnt i præmis 221 ovenfor, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).

231 Endelig udgør den omstændighed, at den af staten som aktionær udviste adfærd vurderes i forhold til den opmærksomme private investors adfærd, mens dette ikke gælder for en almindelig privat investors adfærd, ikke et brud på ligebehandlingen af staten og en sådan privat investor, eftersom staten som aktionær ikke befinder sig i samme situation som den private investor. Til forskel fra den private investor, der kun kan tage sine egne ressourcer med i betragtning ved finansieringen af sine investeringer, har staten adgang til økonomiske ressourcer, der følger af udøvelse af offentlig myndighed, navnlig de ressourcer, der hidrører fra skatter (dommen i sagen Westdeutsche Landesbank Girozentrale og Land Nordrhein-Westfalen mod Kommissionen, nævnt i præmis 101 ovenfor, præmis 271 og 272).

232 Derfor kan den ene omstændighed, at staten har adgang til økonomiske ressourcer, der hidrører fra udøvelse af offentlig myndighed, ikke i sig selv begrunde, at statens handlinger anses for at henhøre under dens beføjelser som offentlig myndighed. Hvis dette var tilfældet, ville anvendelsen af kriteriet om den opmærksomme private investor på statens adfærd som aktionær blive umuliggjort eller i det mindste begrænset i urimelig grad, eftersom staten som sådan nødvendigvis anvender finansielle ressourcer, der hidrører fra udøvelse af offentlig myndighed, navnlig skattemæssige ressourcer.

233 I lyset af det foregående må det på baggrund af omstændighederne i hvert enkelt tilfælde fastslås, om det offentlige indskud eller indgreb i den støttemodtagende virksomheds kapital har et økonomisk formål, som en privat investor også kunne have forfulgt, og om staten således har foretaget det i sin egenskab af erhvervsdrivende på samme måde som en privat erhvervsdrivende, eller om det derimod er begrundet i et offentligt formål og må betragtes som en form for indgreb, staten har foretaget i sin egenskab af offentlig myndighed, i hvilket tilfælde dens adfærd ikke kan sammenlignes med den, en privat erhvervsdrivende eller investor i et samfund med markedsøkonomi udviser.

234 Hvis statens indgreb derfor i betragtning af sin art og indhold og under hensyn til det forfulgte formål ikke udgør en investering, som det havde været muligt for en privat investor at foretage, kan det udgøre et indgreb, staten har gennemført i sin egenskab af offentlig myndighed, hvilket ville udelukke, at kriteriet om den opmærksomme private investor blev anvendt.

235 Hvis statens indgreb derimod i betragtning af dets art og indhold og under hensyn til det forfulgte formål udgør en investering, der er sammenlignelig med den, en privat investor kunne have foretaget, skal indgrebet vurderes på grundlag af kriteriet om den opmærksomme private investor. Formålet med vurderingen er at prøve, om en sådan investor under lignende omstændigheder og ud fra udsigterne til rentabel drift ville have foretaget en kapitalforhøjelse af samme størrelse, uden hensyn til, hvilken form statens indgreb har, eller til, at den har adgang til ressourcer, der hidrører fra udøvelse af offentlig myndighed, såsom skattemæssige ressourcer, som en privat investor ikke ville kunne have adgang til.

236 Foranstaltningen skal med andre ord ikke kun undersøges ud fra sin form, men også ud fra sin art, indhold og formål, hvilket forudsætter, at den anskues ud fra alle sine aspekter, og at den sammenhæng, hvori den indgår, tages i betragtning.

237 Heraf følger ligeledes, at den omstændighed, at statens indgreb har form af en lov, ikke i sig selv er tilstrækkelig til, at det kan udelukkes, at statens indgreb i en virksomheds kapital har et økonomisk formål, som en privat investor også kunne forfølge.

238 I det foreliggende tilfælde er det ubestridt, at Den Franske Republik i 1997 var eneaktionær i EDF.

239 Endvidere skal det gentages, at EDF's balance efter vedtagelsen af lov nr. 97-1026 havde følgende udformning:

— På aktivsiden fandtes en post benævnt »Koncessionerede materielle anlægsaktiver« med et beløb på 285,7 mia. FRF, hvoraf ca. 90 mia. FRF vedrørte RAG.

— På passivsiden fandtes dels en post benævnt »Hensættelser«, hvoraf ca. 38,5 mia. FRF vedrørte RAG, og hvorpå der var opført beløb til dækning af udgifter til fremtidig fornyelse, dels en post med navnet »Modværdi af koncessionerede aktiver«, hvorpå der var opført afholdte udgifter til fornyelse. På denne post — som var udtryk for en gæld, EDF havde til staten — var før vedtagelsen af lov nr. 97-1026 opført i alt 145,2 mia. FRF, hvoraf 18,3 mia. vedrørte RAG.

240 Det er ubestridt, at Den Franske Republik ved lov nr. 97-1026 omstrukturerede EDF's balance og gennemførte en rekapitalisering af virksomheden. Som følge af denne foranstaltning blev, for det første, de aktiver, som udgjorde RAG, omklassificeret som virksomhedens »egne aktiver« med et beløb på 90,325 mia. FRF. For det andet blev ikke-udnyttede hensættelser til fornyelse af RAG til et beløb af 38,521 mia. FRF bogført som ikke-udloddet overskud uden at blive ført over resultatopgørelsen og for så vidt angår et beløb på 20,225 mia. FRF omklassificeret som et fremført tab; derved afvikledes saldoen, idet restbeløbet på 18,296 mia. FRF blev overført til reserverne. De nævnte omklassificeringer gav i henhold til artikel 38, stk. 2, i den almindelige lov om skatter og afgifter anledning til en beskatning. Endelig blev, for det tredje, »koncessionsgivers rettigheder« — dvs. »modværdien af de koncessionerede aktiver« — for så vidt angår et

beløb på 14,119 mia. FRF (af i alt 18,345 mia. FRF) overført direkte til posten »Kapitaltilførsler« uden at blive ført over resultatopgørelsen, idet restbeløbet blev opført på forskellige opskrivningskonti.

241 Kommissionen anså imidlertid kun den manglende beskatning af »koncessionsgivers rettigheder« før kapitaltilførslen for at være statsstøtte. Den anså hverken den omstændighed, at EDF med tilbagevirkende kraft var blevet betragtet som ejer af RAG siden 1956, omklassificeringen af de ikke-udnyttede hensættelser fra det tidspunkt, hvorpå de var blevet skattepligtige, eller kapitaltilførslen på et beløb af 14,119 mia. FRF for at være statsstøtte.

242 Samtlige parter er enige om, at beløbet på 14,119 mia. FRF var skattepligtigt, før det blev opført under posten »Kapitaltilførsel«. Uanset om denne vurdering er rigtig, har parterne således ikke rejst spørgsmål om den beskatningsordning, der principielt skulle have været anvendt på koncessionsgiverens rettigheder.

243 Formålet med artikel 4 i lov nr. 97-1026 er imidlertid at omstrukturere EDF's balance og forhøje virksomhedens egenkapital. Der er således ikke tale om bestemmelser af skattemæssig art som sådan, men om regnskabsmæssige bestemmelser med skattemæssige virkninger, således som det fremgår af den skrivelse, økonomi-, finans- og industriministeren, statssekretæren for budgettet og statssekretæren for industrien tilsendte EDF den 22. december 1997.

244 Endvidere har Kommissionen kun undersøgt de skattemæssige virkninger af artikel 4 i lov nr. 97-1026 og anført, at det ikke påhvilede den at tage hensyn til den

kapitalforhøjelse, der var sket som følge af de nævnte bestemmelser i loven, eller den redegørelse, Den Franske Republik havde givet for at vise, at foranstaltningen var økonomisk rationel ud fra en samlet betragtning.

245 Kommissionen har begrundet denne holdning med, at den fordel, den påviste, var af skattemæssig art, og understreget — således som det fremgår af den anfægtede beslutning, og således som det er fremgået af Kommissionens skriftlige indlæg og dens svar på Rettens spørgsmål — at kriteriet om den private investor ikke kunne anvendes på en kapitalforhøjelse, der var gennemført ved at give afkald på et skattetilgodehavende, eftersom et sådant afkald var en følge af statens udøvelse af sine reguleringsbeføjelser eller af sine beføjelser som offentlig myndighed.

246 Det skal derfor prøves, om en medlemsstat, der på samme tid er en offentlig virksomheds kreditor i skattemæssig henseende og dens eneste aktionær, med føje kan påberåbe sig kriteriet om den private investor, når den gennemfører en forhøjelse af den pågældende virksomheds kapital ved at give afkald på et skattetilgodehavende, eller om det må fastslås, at Kommissionen på grund af tilgodehavendets skattemæssige art og den omstændighed, at staten ved at give afkald på det har gjort brug af sine beføjelser som offentlig myndighed, havde ret til at undlade at anvende dette kriterium på den kapitalforhøjelse, det drejer sig om.

247 Hvad dette angår bemærkes, at når det tages i betragtning, at lov nr. 97-1026 har til formål at rekapitalisere EDF, kan hverken det forhold, at den franske stats tilgodehavende hos den nævnte virksomhed var af skattemæssig art, eller det forhold, at den havde gjort brug af en lov, i sig selv indebære, at Kommissionen kunne undlade at prøve, om en privat investor under lignende omstændigheder kunne have været foranlediget til at foretage en kapitalforhøjelse af samme størrelse, og dermed om staten havde indskudt kapitalen på vilkår, der svarer til normale markedsvilkår.

248 Heraf følger, at anvendelsen af kriteriet om den private investor ikke kan udelades alene med den begrundelse, at forhøjelsen af EDF's kapital var opstået ved, at staten havde givet afkald på et skattetilgodehavende hos virksomheden.

249 I en sådan situation tilkom det nemlig Kommissionen at undersøge, om en privat investor ville have foretaget en beløbsmæssigt tilsvarende investering under lignende omstændigheder — uden hensyn til, hvilken form statens indgreb med henblik på at forhøje EDF's kapital havde, eller til, om der eventuelt var anvendt skattemæssige ressourcer i dette øjemed — for dermed at prøve, om investeringen var økonomisk rationel, og sammenligne den med den adfærd, en privat investor ville have udvist i relation til den samme virksomhed under de samme vilkår.

250 Der består nemlig en sådan forpligtelse for Kommissionen til at undersøge, om staten har indskudt kapitalen under omstændigheder, der svarer til normale markedsvilkår, uafhængigt af, under hvilken form staten har indskudt kapitalen, og af, om denne form er sammenlignelig eller ej med den, en privat investor kunne have gjort brug af.

251 Undersøgelsen med hensyn til normale markedsvilkår bygger på en sammenlignende økonomisk vurdering af den investering, staten har foretaget. Det skal i denne forbindelse vurderes, om en privat investor ud fra sammenlignelige udsigter med hensyn til økonomi og rentabilitet ville have investeret et lignende beløb. Investeringens form — direkte indskud af kapital ved hjælp af midler hidrørende fra skat eller lån ydet af staten eller konvertering af gæld til kapital — er uden betydning. Derimod kan det ikke udelukkes — således som Kommissionen gjorde gældende under retsmødet — at investeringens form kan føre til forskelle mellem de omkostninger, som er forbundet med at rejse kapitalen, og mellem afkastet af denne, som kunne give anledning til at finde, at en privat investor ikke ville have foretaget en sådan investering under sammenlignelige omstændigheder. Dette forudsætter imidlertid en økonomisk analyse inden for rammerne af anvendelsen af kriteriet om den private investor, som Kommissionen i det foreliggende tilfælde bevidst afstod fra.

252 I det foreliggende tilfælde var der imidlertid på grund af omstændighederne grund til at foretage en sådan undersøgelse, eftersom — således som EDF og Den Franske Republik har anført, og således som Kommissionen ikke har bestridt — en kapitalforhøjelse kan være resultatet af konverteringen af en fordring, som en privat aktionær har på virksomheden, hvilket fransk ret i øvrigt giver mulighed for, og eftersom anvendelsen af en lov i dette øjemed kunne anses for at være en nødvendig konsekvens af, at bestemmelserne om EDF's kapital selv var fastsat ved lov, hvilket Kommissionen ikke har bestridt. Sidstnævnte omstændighed, der kendetegner den omtvistede foranstalt-

nings art, kunne nemlig ikke indebære, at kriteriet om den private investor ikke skulle anvendes på det foreliggende tilfælde.

253 Kommissionen kunne derfor, da den omtvistede foranstaltning skulle vurderes i sin sammenhæng, ikke indskrænke sig til kun at undersøge de skattemæssige virkninger af de bestemmelser, Den Franske Republik havde indført, uden samtidig at undersøge, om der var — og eventuelt efter endt undersøgelse finde, at der ikke var — grundlag for Den Franske Republiks argumentation om, at afkaldet på skattetilgodehavendet inden for rammerne af den omstrukturering af EDF's balance og af den forhøjelse af virksomhedens kapital, der var formålet med artikel 4 i lov nr. 97-1026, kunne anses for at være en foranstaltning, der opfyldte kriteriet om den private investor.

254 Hvad dette angår er det, for det første, ikke muligt at tiltræde Kommissionens argument om, at kriteriet om den private investor ikke kunne anvendes som følge af Domstolens praksis i sagen Tyskland mod Kommissionen (sag C-334/99, nævnt i præmis 185 ovenfor), fordi den franske stat i det foreliggende tilfælde ved at anvende en lov til at give afkald på betalingen af et skattetilgodehavende havde gjort brug af sine beføjelser som offentlig myndighed og dermed ikke havde handlet som en privat aktionær.

255 Det fremgår ganske vist af retspraksis, at der må sondres mellem de forpligtelser, staten hæfter for som ejer af et selskabs aktiekapital, og de forpligtelser, der kan påhvile den som offentlig myndighed (dommen af 28.1.2003 i sagen Tyskland mod Kommissionen, nævnt i præmis 185 ovenfor, præmis 134).

256 Navnlig fremgår det af de domme, hvori dette kriterium er blevet anvendt (dommen af 14.9.1994 i sagen Spanien mod Kommissionen, nævnt i præmis 223 ovenfor, af 28.1.2003 i sagen Tyskland mod Kommissionen, nævnt i præmis 185 ovenfor, og i sagen Technische Glaswerke Ilmenau mod Kommissionen, nævnt i præmis 227 ovenfor), at den omstændighed, at der var tale om forpligtelser, der påhvilede staten i dennes egenskab af offentlig myndighed, ikke havde gjort det muligt i de sager, der havde ført til de nævnte domme, at anvende kriteriet om den private investor for så vidt angår de udgifter, der fulgte af forpligtelserne. De pågældende udgifter vedrørte nemlig statens

forpligtelser i forbindelse med afskedigelse af ansatte, betaling af ydelser ved arbejdsløshed, støtte til genskabelse af den industrielle infrastruktur, lån ydet af staten på unormale betingelser og, endelig, istandsættelse af en grund med henblik på etableringen af en teknologipark. De kunne derfor ikke tages i betragtning ved vurderingen af omkostningerne ved at afvikle en virksomhed i forhold til omkostningerne ved at tilbagekøbe den; de fulgte nemlig af forpligtelser, som ikke påhvilede en privat investor.

257 Til forskel fra de tilfælde, der blev beskrevet i præmis 256 ovenfor, forelå der imidlertid i det foreliggende tilfælde — således som Kommissionen medgav under retsmødet — ikke i egentlig forstand en forpligtelse, der påhvilede staten i dens egenskab af offentlig myndighed som omhandlet i denne retspraksis, og det drejede sig ikke om at vurdere en række udgifter, statens forpligtelser som offentlig myndighed medførte for den.

258 Når, som i det foreliggende tilfælde, staten som eneaktionær i en virksomhed gennemfører en forhøjelse af kapitalen i denne virksomhed med henblik på bl.a. at råde bod på den manglende ligevægt i dens balance, anlægger staten nemlig en adfærd, som en privat investor kunne have udvist, og det kan ikke på forhånd udelukkes, at den handler i en hensigt, der er sammenlignelig med den, en sådan privat investor kunne have. Det er for at fastslå, om det rent faktisk har forholdt sig således — hvilket ville indebære, at den omtvistede foranstaltning ikke skulle kvalificeres som støtte — at det skal prøves, om kriteriet om den private investor er opfyldt eller ej, hvilket Kommissionen undlod.

259 Det bemærkes herved, dels at artikel 4 i lov nr. 97-1026 havde til formål at omstrukturere EDF's balance og at forhøje virksomhedens egenkapital, hvilket kunne tyde på, at staten forfulgte et investeringsmæssigt formål, der kunne sammenlignes med det, en privat investor kunne have forfulgt, dels at den omstændighed, at den omhandlede kapitalforhøjelse delvis var en følge af, at der var givet afkald på et skattetilgodehavende, og at den således havde skattemæssige virkninger, ikke i sig selv kunne begrunde, at kriteriet om den private investor ikke skulle anvendes. Under de omstændigheder og under hensyn til, at det krævede lovgivning at foretage de regnskabsmæssige justeringer, der førte til ændringen af virksomhedens egenkapital,

kan formen af statens indgreb i det foreliggende tilfælde ikke anses for på forhånd at have udelukket, at kriteriet om den private investor blev anvendt.

260 For det andet må Kommissionens argumentation om, at kriteriet om den private investor ikke kan anvendes på konverteringen af et skattetilgodehavende til kapital, ligeledes forkastes, da en privat investor aldrig ville kunne have et sådant tilgodehavende hos en virksomhed, men kun en civilretlig eller erhvervsmæssig fordring, og da det ville være et brud på ligebehandlingen af staten og en sådan investor at drage en sammenligning mellem disse to tilfælde. At tiltræde en sådan argumentation ville være ensbetydende med at lægge til grund, at staten kun ville kunne gennemføre en sådan foranstaltning under vilkår, der svarer til en privat investors, hvis den havde en civilretlig eller erhvervsmæssig fordring på en virksomhed.

261 Kriteriet om den private investor har netop til formål at undersøge, om en privat investor på trods af, at en sådan ikke råder over sådanne midler, som staten råder over, under de samme omstændigheder ville have truffet en investeringsmæssig beslutning, der svarede til statens. Af hvilken art den til kapital konverterede fordring er, og, følgelig, den omstændighed, at en privat investor ikke kan have et skattetilgodehavende, er derfor uden betydning for, om kriteriet om den private investor skal anvendes eller ej.

262 Dette fører ligeledes til, at Kommissionens argumentation om, at foranstaltningen kun er en skattelettelse, der er blevet indrømmet EDF, og ikke kan betragtes som en investering, må forkastes. Staten kan nemlig som enhver anden kreditor, der ejer et selskab, give afkald på en fordring ved at konvertere fordringen til kapital på et tilsvarende beløb. En sådan foranstaltning, hvorved ejeren af et selskab forhøjer selskabets kapital ved at give afkald på en fordring, han har på det, udgør en kompensation, som en opmærksom privat investor ligeledes kan sikre sig under normale markedsvilkår.

263 På baggrund af omstændighederne i det foreliggende tilfælde i det hele havde Kommissionen følgelig ikke ret til at se bort fra Den Franske Republiks standpunkt og undlade at anvende kriteriet om den private investor på grundlag af den argumentation, hvortil der blev henvist i præmis 262 ovenfor.

264 For det tredje bemærkes med hensyn til Kommissionens argumentation om, at en privat investor ville have skullet betale skatten i en tilsvarende situation, dels at det kun anføres i den anfægtede beslutning, at »[f]ordelen [uundgåeligt vil] være selektiv, idet den manglende betaling af selskabsskat af en del af de regnskabsmæssige hensættelser udgør en undtagelse i forhold til den normale skattemæssige behandling af en sådan operation«.

265 Dels har Kommissionen i sine skriftlige indlæg og i de svar, den har givet på Rettens spørgsmål, anført, at en privat investor ville have skullet betale skatten først, hvis han agtede at foretage en kapitalforhøjelse ved at konvertere en fordring, han havde på en virksomhed, hvori han var aktionær, til kapital. Dette ville efter Kommissionens opfattelse uundgåeligt have ført til større omkostninger for den private investor, idet denne for at yde 100 EUR i realiteten skulle have rejst 141,66 EUR. Ifølge Kommissionen kunne den ved undersøgelsen af kapitaltilførslen på 5,6 mia. FRF kun have anvendt kriteriet om den private investor, hvis denne skat var blevet betalt først.

266 Om end både Den Franske Republik og EDF har medgivet, at EDF i det foreliggende tilfælde var pligtig at betale en skat, har de anfægtet Kommissionens fortolkning af fransk skatteret og af artikel 38, stk. 2, i den almindelige lov om skatter og afgifter, herunder navnlig de skattemæssige konsekvenser af et kapitalindskud, der foretages ved, at en aktionær i et selskab konverterer en fordring til kapital.

267 Den Franske Republik og EDF har nemlig i deres svar og deres mundtlige indlæg gjort gældende, at den forøgelse af nettoaktiverne, det medfører, at en fordring, som en aktionær i en virksomhed har på virksomheden, konverteres til kapital, ifølge artikel 38,

stk. 2, i den almindelige lov om skatter og afgifter ikke skal medregnes ved beregningen af selskabsskatten, og at konverteringen af fordringen til kapital ifølge den nævnte bestemmelse således ikke giver anledning til en beskatning, der har fordringens beløb som grundlag.

268 Indledningsvis anførte Kommissionen selv i punkt 51 i beslutningen om at indlede proceduren, at »da […] kapitalforhøjelser ikke anses for at udgøre en forøgelse af selskabets nettoformue ved beregningen af selskabsskatten, har omklassificeringen [af koncessionsgiverens rettigheder til kapitaltilførsel] konsolideret den skattelettelse [EDF nød godt af som følge af hensættelserne i perioden 1987-1996]«.

269 I dette punkt i beslutningen om at indlede proceduren delte Kommissionen således tilsyneladende, i det mindste generelt, Den Franske Republiks og EDF's opfattelse af de skattemæssige konsekvenser af en forøgelse af nettoaktiverne, som var en følge af, at en fordring blev konverteret til kapital. På den baggrund synes omkostningerne for henholdsvis en privat investor i et samfund med markedsøkonomi og staten at være de samme.

270 Dernæst leder Kommissionens argumentation i realiteten til, at det skal undersøges, hvor store samlede omkostninger en privat investor må afholde for at investere 14,119 mia. FRF — hvilket beløb svarer til koncessionsgiverens rettigheder — idet Kommissionen ikke anså omklassificeringen af koncessionsgiverens rettigheder til et beløb af 14,119 mia. FRF for at udgøre støtte — lige så lidt som den anså den omstændighed for at gøre det, at EDF skulle anses for ejer af RAG, der oprindelig tilhørte staten; i den anfægtede beslutning var det nemlig kun var afkaldet på at opkræve skat af de nævnte rettigheder, der blev taget i betragtning. Kommissionens argumentation, som i realiteten fører til, at beløbet på 14,119 mia. FRF skal indgå i undersøgelsen, står desuden i modsætning til fordelen, således som Kommissionen beskrev den i den anfægtede beslutning. Denne argumentation må derfor forkastes.

271 Endvidere er Kommissionens argumentation under alle omstændigheder inkonsekvent. Kommissionen har nemlig medgivet, at den ville have undersøgt den supplerende kapitaltilførsel på 5,6 mia. FRF, hvis EDF forinden havde betalt dette beløb i skat, og Den Franske Republik derpå havde tilbagebetalt EDF det samme beløb, eftersom omkostningerne for henholdsvis staten og den private investor i så fald — og kun i så fald — havde kunnet sammenlignes.

272 I denne situation ville omkostningerne for staten i realiteten have været de samme, og det beløb, EDF havde modtaget, ville have været det samme som det, virksomheden modtog som følge af den løsning, Den Franske Republik havde valgt i lov nr. 97-1026. Ved denne lov foretog staten nemlig en kapitaltilførsel på 14,119 mia. FRF. Følger man Kommissionens argumentation, ville omkostningerne ved denne foranstaltning kun have andraget 14,119 mia. FRF, hvorimod de ville have været anderledes, og det ville have været muligt at anvende kriteriet om den private investor, hvis EDF havde betalt skatten. Hvis staten imidlertid havde indskudt 14,119 mia. FRF i EDF's kapital, derefter opkrævet en skat på 5,6 mia. FRF og derpå tilbagebetalt EDF dette beløb, ville de samlede omkostninger for staten stadig have været på 14,119 mia. FRF, idet den opkrævede skat ville være blevet opvejet af, at der var blevet tilbagebetalt EDF det samme beløb. EDF ville have modtaget i alt 14,119 mia. FRF, dvs. det samme beløb, som virksomheden modtog i medfør af lov nr. 97-1026.

273 Hvis, dernæst, Kommissionens fortolkning af fransk skatteret — herunder navnlig artikel 38, stk. 2, i den almindelige lov om skatter og afgifter — var korrekt, og de franske myndigheders fortolkning af den samme ret var fejlagtig, ville det skulle lægges til grund, at de omkostninger, en privat investor skulle have båret ved en kapitaltilførsel i form af konvertering af en fordring, ville have andraget 5,6 mia. FRF, hvis den pågældende rent faktisk skulle have betalt skatten i et sådant tilfælde.

274 Ved i forbindelse med omklassificeringen af koncessionsgivers rettigheder som kapitaltilførsel at give afkald på at opkræve en skat på 5,6 mia. FRF blev staten imidlertid påført omkostninger, som naturligvis ligeledes androg 5,6 mia. FRF, idet det, i modsætning til hvad Kommissionen har hævdet, ikke er omkostningsfrit for staten at

give afkald på et skattetilgodehavende. Det ville utvivlsomt have ført til omkostninger svarende til dem, den private investor ville have skullet bære. Den af Kommissionen påståede forskel i omkostningerne forekommer således ikke at være påvist, og det samme gælder de konsekvenser, Kommissionen har draget for så vidt angår anvendelsen af kriteriet om den private investor.

275 Desuden er det kun ved at anvende kriteriet om den private investor, at det kan afklares og, eventuelt, påvises, at der er forskel på omkostningerne.

276 Selv hvis, endelig, omkostningerne ved en rekapitalisering til et beløb på 14,119 mia. FRF — som ifølge Kommissionen ikke udgør støtte — havde andraget 0 FRF for staten og 5,6 mia. FRF for en privat investor, ville denne forskel på omkostningerne under alle omstændigheder ikke have været til hinder for at anvende kriteriet om den private investor. I så fald ville Kommissionen nemlig skulle have undersøgt, ved at anvende dette kriterium, om en privat investor ville have båret omkostninger på 5,6 mia. FRF for at gennemføre en sådan rekapitalisering; det kan ikke udelukkes, at Kommissionen efter at have foretaget denne undersøgelse ville være nået frem til, at det ikke ville være tilfældet, men det forudsætter nødvendigvis, at den havde foretaget undersøgelsen.

277 Eftersom, afslutningsvis, Kommissionen med dette argument i realiteten har forsøgt dels at godtgøre, at omkostningerne ville have været større for EDF, der ville have skullet betale skatten i det ene tilfælde og ikke i det andet, hvilket havde kunnet påvirke virksomhedens værdi, dels at udelukke, at en privat investor i praksis ville have investeret et sådant beløb i virksomheden, hvorimod staten blot gav afkald på sit skattetilgodehavende, har argumentet tydeligvis til formål at godtgøre, at omkostningerne ved investeringen og dens udsigter med hensyn til et eventuelt afkast for henholdsvis staten og en privat investor var forskellige. For at tage denne faktor i betragtning havde det været nødvendigt at anvende kriteriet om den private investor, hvilket Kommissionen undlod.

278 For det fjerde må det argument, Kommissionen fremsatte under retsmødet, om, at der under alle omstændigheder ikke ville have været nogen privat investor, der ville have kunnet rejse en lige så stor kapital som staten, og som derfor ville kunne have kunnet anvendes som sammenligningsgrundlag, afvises, eftersom Kommissionen indledningsvis ikke har godtgjort, at der ikke fandtes nogen privat investor, der havde kunnet tjene som reference, og med hvilken den offentlige investor havde kunnet sammenlignes i det foreliggende tilfælde. Endvidere indebærer mangel på en privat investor, der kan tjene som reference, ikke, at foranstaltningen ikke skal undersøges på baggrund af de »sædvanlige markedsvilkår«, idet disse, der i så fald nødvendigvis er hypotetiske, skal bedømmes i forhold til de tilgængelige objektive oplysninger, der kan efterprøves (jf. i denne retning dommen i sagen Chronopost m.fl. mod Ufex m.fl., nævnt i præmis 172 ovenfor, præmis 38).

279 For det femte har Kommissionen ikke anført noget til støtte for det argument — der blev fremsat for første gang under retsmødet — som Den Franske Republik har bestridt, og hvorefter der efter fransk ret ikke kan gennemføres en kapitalforhøjelse ved at konvertere et skattetilgodehavende. Dette argument kan derfor ikke tiltrædes.

280 For det sjette må det argument, Kommissionen ligeledes fremsatte for første gang under retsmødet, og hvorefter skatten skulle have været opført på virksomhedens balance, forkastes af to grunde.

281 Dels har argumentet i realiteten til formål at kritisere Den Franske Republik for at have tilsidesat Kommissionens direktiv 80/723/EØF af 25. juni 1980 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder (EFT L 195, s. 35). Selv hvis Den Franske Republik havde kunnet kritiseres for en sådan tilsidesættelse, står det klart, at den ikke ville have nogen forbindelse med Kommissionens argumentation i betragtning 96 og 97 til den anfægtede beslutning, og at den ikke har nogen betydning for spørgsmålet om, hvorvidt kriteriet om den private investor skulle anvendes.

282 Dels har Kommissionen ikke kunnet forklare, i hvilken balance den skyldige skat skulle have været opført. Før lov nr. 97-1026 blev vedtaget, og EDF blev anset for at være ejer af RAG, forelå der nemlig ikke nogen skyldig skat. Efter at Den Franske Republik havde givet afkald på at opkræve skatten, var denne heller ikke skyldig og kunne følgelig ikke have været opført på balancen som en gæld for virksomheden.

283 Endelig bemærkes, for det syvende, for så vidt angår Kommissionens argumentation om, at det kunne føre til, at enhver form for skattefritagelse, der blev indført af medlemsstaterne, måtte godkendes, hvis det blev tilladt at påberåbe sig kriteriet om den private investor, da sådanne fritagelser altid ville opfylde dette kriterium, for det første, at der i det foreliggende tilfælde ikke er tale om, at der er blevet indrømmet en virksomhed en ren skattelettelse, men om, at der er givet afkald på et skattetilgodehavende i forbindelse med en forhøjelse af kapitalen i en virksomhed, hvori staten er eneaktionær. For det andet kan det ikke på forhånd vides, hvilket resultat det ville føre til at anvende kriteriet, da dette i så fald ville være formålsløst eller uhensigtsmæssigt. For det tredje kan det i det foreliggende tilfælde under alle omstændigheder ikke udelukkes, at anvendelsen af kriteriet om den private investor ville føre til, at det blev fastslået, at statens indgreb ikke svarede til den måde, hvorpå en opmærksom privat investor i et samfund med markedsøkonomi ville have handlet. Kommissionens argumentation er derfor irrelevant.

284 Sammenfattende kan ingen af de argumenter, som Kommissionen, støttet af Iberdrola, har fremsat, tiltrædes, og det må fastslås, at Kommissionen ved at undlade at undersøge den omtvistede foranstaltning i dens sammenhæng og at anvende kriteriet om den private investor begik en retlig fejl og tilsidesatte artikel 87 EF.

285 Da Retten har fastslået, at det var med urette, at Kommissionen undlod at anvende det nævnte kriterium, tilkommer det Kommissionen at træffe de foranstaltninger, det kræver at opfylde dommen. Når Fællesskabets retsinstanser er forelagt et annullationssøgsmål, har de nemlig på statsstøtteområdet ikke kompetence til at ændre de beslutninger, hvis lovlighed de prøver, og selv foretage den undersøgelse, det indebærer

at anvende kriteriet om den private investor. Finder Kommissionen, at der er grundlag herfor, tilkommer det den derfor at vedtage en ny beslutning under iagttagelse af de betragtninger, der blev fremsat i præmis 220-253 ovenfor.

286 På baggrund af det foranstående bør den anfægtede beslutnings artikel 3 og 4 annulleres, da de er i strid med artikel 87 EF, idet det er ufornødent at prøve de øvrige anbringender og led af anbringender, som sagsøgeren har fremsat, samt at behandle de begæringer om en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, der er fremsat vedrørende »Oxera-rapporten«.

Sagens omkostninger

287 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har tabt sagen, bør det pålægges den at betale sagsøgerens omkostninger i overensstemmelse med dennes påstand herom.

288 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 4, første afsnit, pålægges det medlemsstater, der er indtrådt i en sag, at bære deres egne omkostninger. Den Franske Republik skal derfor bære sine egne omkostninger.

289 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 4, tredje afsnit, kan Retten træffe afgørelse om, at en intervenient skal bære sine egne omkostninger. I det foreliggende tilfælde skal Iberdrola, som har interveneret til støtte for Kommissionen, bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Tredje Afdeling):

1) Artikel 3 og 4 i Kommissionens beslutning om støtte til EDF og elektricitets- og gassektoren (C 68/2002, N 504/2003 og C 25/2003), der blev vedtaget den 16. december 2003, annulleres.

2) Europa-Kommissionen bærer sine egne omkostninger og betaler Électricité de Frances (EDF) omkostninger.

3) Den Franske Republik bærer sine egne omkostninger.

4) Iberdrola, SA bærer sine egne omkostninger.

Azizi Cremona Frimodt Nielsen

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 15. december 2009.

Coulon — Afdelingsformand

Azizi — Justitssekretær

Indhold

Retsforskrifter . . . . . II - 4510

Bestemmelser i EF-traktaten . . . . . II - 4510

Forordning (EF) nr. 659/1999 . . . . . II - 4511

Relevant fransk ret . . . . . II - 4513

Tvistens baggrund . . . . . II - 4514

Sagens generelle sammenhæng . . . . . II - 4514

Den administrative procedure . . . . . II - 4521

Den anfægtede beslutning . . . . . II - 4524

Retsforhandlinger og parternes påstande . . . . . II - 4531

Retlige bemærkninger . . . . . II - 4534

Det første anbringende: tilsidesættelse dels af artikel 20 i forordning nr. 659/1999, dels af retten til forsvar . . . . . II - 4536

Parternes argumenter . . . . . II - 4536

Rettens bemærkninger . . . . . II - 4541

— Tilsidesættelsen af retten til forsvar . . . . . II - 4541

— Tilsidesættelse af de processuelle rettigheder, støttemodtageren er tillagt i sin egenskab af interesseret part . . . . . II - 4542

Det andet anbringende: Kommissionens tilsidesættelse af artikel 87 EF . . . . . II - 4545

Første led: »underkompensationen« for EDF's omkostninger ved offentlig tjeneste . . II - 4545

— Parternes argumenter . . . . . II - 4545

— Rettens bemærkninger . . . . . II - 4547

Andet led: manglende påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne . . . . . II - 4549

— Parternes argumenter . . . . . II - 4549

— Rettens bemærkninger . . . . . II - 4552

Det andet anbringendes tredje led: kvalifikationen af de omhandlede foranstaltninger som kapitaltilførsel og spørgsmålet om, hvorvidt staten ved at gennemføre dem handlede som en opmærksom privat investor i et samfund med markedsøkonomi . . . II - 4554

— Parternes argumenter . . . . . II - 4554

— Rettens bemærkninger . . . . . II - 4569

Sagens omkostninger . . . . . II - 4587