ARREST VAN HET GERECHT (Derde kamer)

15 december 2009 *

In zaak T-156/04,

Électricité de France (EDF), gevestigd te Parijs (Frankrijk), vertegenwoordigd door M. Debroux, advocaat,

verzoekster,

ondersteund door

Franse Republiek, vertegenwoordigd door G. de Bergues en A.-L. Vendrolini als gemachtigden,

interveniënte,

* Procestaal: Frans.

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door J. Buendía Sierra en C. Giolito als gemachtigden,

verweerster,

ondersteund door

Iberdrola, SA, gevestigd te Bilbao (Spanje), vertegenwoordigd door J. Ruiz Calzado en É. Barbier de La Serre, advocaten,

interveniënte,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van de artikelen 3 en 4 van de beschikking van de Commissie van 16 december 2003 betreffende staatssteun aan EDF en de elektriciteit- en gasindustrie (C 68/2002, N 504/2003 en C 25/2003),

wijst

HET GERECHT (Derde kamer),

samengesteld als volgt: J. Azizi, kamerpresident, E. Cremona en S. Frimodt Nielsen (rapporteur), rechters,

griffier: C. Kristensen, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 25 november 2008,

het navolgende

Arrest

Toepasselijke bepalingen

Voorschriften van het EG-Verdrag

1 Volgens artikel 87, lid 1, EG zijn, behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

2 Artikel 88, leden 1 en 2, EG luidt:

„1. De Commissie onderwerpt tezamen met de lidstaten de in die staten bestaande steunregelingen aan een voortdurend onderzoek. Zij stelt de dienstige maatregelen voor, welke de geleidelijke ontwikkeling of de werking van de gemeenschappelijke markt vereist.

2. Indien de Commissie, na de belanghebbenden te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken, vaststelt dat een steunmaatregel door een staat of met staatsmiddelen bekostigd, volgens artikel 87 niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt of dat van deze steunmaatregel misbruik wordt gemaakt, bepaalt zij dat de betrokken staat die steunmaatregel moet opheffen of wijzigen binnen de door haar vast te stellen termijn."

Verordening (EG) nr. 659/1999

3 Artikel 1, sub b, van verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel [88 EG] (PB L 83, blz. 1), bepaalt:

„Voor de toepassing van deze verordening gelden de volgende definities: […] ‚bestaande steun':

i) […] alle steun die voor de inwerkingtreding van het Verdrag in de respectieve lidstaat bestond, dat wil zeggen steunregelingen en individuele steun die vóór de inwerkingtreding van het Verdrag tot uitvoering zijn gebracht en die na de inwerkingtreding nog steeds van toepassing zijn;

[…]

v) steun die als bestaande steun wordt beschouwd, omdat kan worden vastgesteld dat hij op het moment van inwerkingtreding geen steun vormde, maar vervolgens steun is geworden vanwege de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt, zonder dat de betrokken lidstaat er wijzigingen in heeft aangebracht; maatregelen die vanwege de liberalisering van een activiteit door het gemeenschapsrecht steun zijn geworden, worden na de voor de liberalisering voorgeschreven datum niet als bestaande steun beschouwd;”

4 Artikel 15, lid 1, van verordening nr. 659/1999 bepaalt dat de bevoegdheden van de Commissie om steun terug te vorderen na een termijn van tien jaar verjaren.

5 Volgens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 659/1999 gaat deze termijn in op de dag waarop de onrechtmatige steun aan de begunstigde is verleend.

6 Artikel 20, lid 1, eerste zin, van verordening nr. 659/1999 bepaalt dat elke belanghebbende overeenkomstig artikel 6 van deze verordening opmerkingen kan indienen naar aanleiding van een beschikking van de Commissie om een formele onderzoeksprocedure in te leiden.

Toepasselijk Frans recht

7 Artikel 38, lid 2, van de code général des impôts (algemeen wetboek van belastingen) bepaalt:

„De nettowinst is het verschil tussen de waarde van het nettoactief bij de afsluiting en bij de aanvang van het tijdvak, waarvan de uitkomst dient als grondslag van de belasting, verminderd met de stortingen en vermeerderd met de onttrekkingen gedurende dit tijdvak door de exploitant of de vennoten. Het nettoactief is het totaalbedrag van de activa verminderd met de schuldvorderingen van derden, afschrijvingen en gerechtvaardigde voorzieningen."

8 Artikel 4, leden I en II, van de Franse wet nr. 97-1026 van 10 november 1997 betreffende fiscale en financiële spoedmaatregelen (JORF van 11 november 1997, blz. 16387) bepaalt:

„I. De installaties van het hoogspanningsnet worden geacht aan Électricité de France in eigendom toe te behoren vanaf het tijdstip waarop haar de concessie voor dit net is verleend.

II. Voor de toepassing van het bepaalde in [lid] I wordt op 1 januari 1977 de tegenwaarde van de in concessie gegeven goederen in natura voor het hoogspanningnetwerk, welke zijn vermeld aan de passiefzijde van de balans van Électricité de France, na aftrek van de desbetreffende herwaarderingscorrecties, opgevoerd onder de post ‚Kapitaalinjecties'."

Aan het geding ten grondslag liggende feiten

Algemene context van de zaak

9 Verzoekster, Électricité de France (EDF), produceert, vervoert en distribueert elektriciteit, met name op het gehele grondgebied van Frankrijk.

10 Toen de beschikking tot inleiding van de procedure van artikel 88, lid 2, EG in 2002 werd genomen, was EDF geheel in handen van de Staat, werd haar president-directeur door de eerste minister van Frankrijk benoemd en werd haar beleid in nauwe samenwerking met het Franse ministerie van Energie bepaald.

11 EDF is opgericht bij Franse wet nr. 46-628 van 8 april 1946 betreffende de nationalisatie van elektriciteit en gas (JORF van 9 april 1946, blz. 2651), die de elektriciteitssector in Frankrijk heeft genationaliseerd. Zij kreeg de status van overheidsonderneming (Établissement public à caractère industriel et commercial — EPIC).

12 In artikel 36 van wet nr. 46-628 is het beginsel neergelegd dat de genationaliseerde elektriciteitsconcessies aan EDF worden overgedragen en dat de concessiehouder zich verbindt tot naleving van de nieuwe standaard taakomschrijvingen, in de uitwerking waarvan artikel 37 van deze wet voorziet.

13 De verschillende door de Staat verleende concessies voor het elektriciteitsvervoer zijn in 1958 samengevoegd tot één enkele concessie, het zogenoemde „Réseau d'alimentation générale" (hoogspanningsnet; hierna: „RAG"), waarvan de taakomschrijving is goedgekeurd bij decreet nr. 56-1225 van 28 november 1956 (JORF van 4 december 1956, blz. 11562).

14 In artikel 2 van deze taakomschrijving worden de goederen die onder de concessie vallen (lijnen, onderstations, etc.) precies omschreven, en volgens artikel 8 ervan moet EDF „voor haar rekening het gehele onderhoud en alle noodzakelijke vernieuwingen [uitvoeren] om de in concessie gegeven installaties in een goed werkende staat te houden".

15 Na een wijziging bij decreet van 23 december 1994 (JORF van 28 december 1994, blz. 18564) luidt artikel 2 van deze taakomschrijving als volgt:

„Tot de concessie behoren de lijnen, de onderstations en in het algemeen de bestaande en de toekomstige elektrische installaties die nodig zijn voor de uitvoering door de concessiehouder van zijn taak elektriciteit te vervoeren en te leveren, met uitzondering van de productie-installaties.

[…]."

16 Het RAG verschilde in het verleden evenwel van andere soorten concessies, met name doordat het, ten eerste, geen regeling van de eigendom van de in concessie gegeven goederen bevatte, ten tweede, niets bepaalde over de teruggave van de in concessie gegeven goederen, en ten derde, een uitzonderlijk lange looptijd van 75 jaar had.

17 Omdat er voor concessies geen specifieke boekhoudkundige regels bestonden, beschouwt EDF zich, met goedkeuring van de „Conseil National de la Comptabilité" (Nationale Raad voor de jaarverslaglegging; hierna: „CNC"), vanaf 1946 als eigenaar van het RAG.

18 De goederen die tot het RAG behoorden, zijn vanaf dat tijdstip als eigen vermogen van EDF op de actiefzijde van haar balans opgenomen en boekhoudkundig verwerkt conform het commune recht. Afschrijvingen vonden plaats volgens de „methode van de historische kostprijs", met als gevolg een lineaire afschrijving over de gehele levensduur van de installaties tot en met 1986.

19 Als gevolg van de toepassing op EDF van het algemeen boekhoudkundig systeem van 1982, dat specifieke boekhoudregels voor concessies bevatte, is vanaf 1987 de boekhoudkundige verwerking van het RAG gewijzigd om rekening te houden met de aanbevelingen van de CNC in zijn „Guide des concessions" (gids voor concessies) van 1975.

20 Het ging er daarbij om, rekening te houden met de specifieke verplichtingen van de concessiehouders, die bij het verstrijken van de concessie de in concessie gegeven goederen in goed werkende staat moeten teruggeven krachtens het „beginsel van het voortbestaan van de openbare diensten".

21 Het boekhoudkundig systeem van 1982 bevatte naast de verplichting voor de concessiehouder om de in concessie gegeven vaste activa in een specifieke rubriek op de actiefzijde van zijn balans op te voeren, het volgende beginsel:

„De handhaving van het productiepotentieel van de geconcessioneerde installaties op het peil dat nodig is voor de openbare dienstverlening, wordt verzekerd door middel van afschrijvingen dan wel eventueel het treffen van adequate voorzieningen. Voor zover de effectieve bruikbaarheid van een installatie kan worden behouden door passend onderhoud vindt voor deze installatie geen afschrijving wegens waardevermindering plaats bij de bedrijfskosten van de concessiehouder. De voorzieningen die kunnen worden gebruikt voor het behoud van het productiepotentieel, zijn vervangingsreserves."

22 In overeenstemming met het boekhoudkundig systeem van 1982 is voor EDF een eigen boekhoudkundig systeem vastgesteld. De CNC heeft over dit boekhoudkundig systeem een instemmend advies uitgebracht op 19 december 1984, waarna het door het arrêté interministériel (interministerieel besluit) van 21 december 1986 (JORF van 30 december 1986, blz. 15794) is goedgekeurd.

23 Overeenkomstig het bijzondere boekhoudkundig systeem van EDF is het RAG opgevoerd op de actiefzijde van de balans van EDF onder de post „Geconcessioneerde vaste activa".

24 Behalve de lineaire afschrijving volgens de „methode van de historische kostprijs" werden specifieke reserves voor de vervanging van de geconcessioneerde vaste activa opgenomen, bedoeld om de concessiehouder in staat te stellen deze bij het verstrijken van de concessie in perfecte staat aan de concessiegever terug te geven.

25 Tussen 1987 en 1996 zijn reserveringen voor vervanging gevormd.

26 De door EDF gedane uitgaven voor vervanging zijn in de balans opgevoerd onder de post „Tegenwaarde van de geconcessioneerde goederen".

27 Deze post, ook wel genoemd „Rechten van de concessiegever", vormde een schuld van EDF jegens de Franse Staat ter zake van de kosteloze teruggave van de vervangen goederen bij het verstrijken van de concessie.

28 In een rapport van 1994 nam de Franse rekenkamer echter het volgende standpunt in:

„De boekhoudkundige beginselen die van het commune recht afwijken, vinden hun grondslag in het feit dat de concessieovereenkomst daadwerkelijk een eindtermijn bevat, die de enige reden vormt om verschil te maken tussen vervangbare en niet vervangbare activa. Deze termijn vormt het bestaansrecht van het boekhoudkundig systeem. Daarmee kan de mogelijkheid van teruggave van de geconcessioneerde vaste activa aan de concessiegever worden aangenomen en is de boeking van de rechten van de concessiegever aan de passiefzijde van de balans gerechtvaardigd. Aldus wordt de grondslag gelegd voor het bestaan en de aftrekbaarheid van de vervangingsreserve, aan de hand waarvan kan worden vastgesteld wat de kosten zijn voor de concessiehouder om aan de concessiegever het laatste niet vervangbare actief terug te geven. […]

Wanneer het echter om een overheidsonderneming gaat die krachtens de nationalisatiewet zelf permanent concessiehouder is van de Staat, kan men zich afvragen of het verschil dat in de boekhouding wordt gemaakt tussen het in concessie gegeven vermogen en het vermogen van de concessiehouder wel bestaat. Het feit dat de concessie geen eindtermijn kent, verhindert dat de aanbevelingen van de gids voor de boekhouding van concessiehoudende bedrijven kunnen worden toegepast."

29 De Franse rekenkamer merkte tevens op dat de belastingverlichting die EDF had genoten na de onregelmatige vorming van vervangingsreserves voor het RAG, een onrechtmatig karakter had.

30 De Franse Staat heeft vervolgens stappen ondernomen om de status van het vermogen van het RAG te verduidelijken en de balans van EDF te herstructureren.

31 De ondernemingsovereenkomst 1997-2000, die op 8 april 1997 tussen de Staat en EDF werd gesloten, voorzag in normalisering van de boekhouding van de onderneming en van haar financiële verhouding met de Staat in het vooruitzicht van de openstelling van

de elektriciteitsmarkt, waartoe het Europees Parlement en de Raad hadden besloten bij richtlijn 96/92/EG van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (PB 1997, L 27, blz. 20):

„ De elektriciteitsmarkt is […] volop in beweging. Binnen de Europese Unie zijn recent regels voor het functioneren van de interne markt voor elektriciteit vastgesteld […].

Per saldo beogen de verbintenissen van deze overeenkomst ook de financiële verhoudingen tussen de Staat en EDF te stabiliseren en duidelijk te maken dat de Staat toezicht op EDF uitoefent, onder gelijktijdige waarborging van de autonomie van de onderneming in het kader van een gezamenlijk plan […].

De balans van EDF zal worden geherstructureerd met het doel zowel de nettobalanspositie van de onderneming te versterken als de financiële betrekkingen tussen de Staat en de onderneming te stabiliseren op grondslagen die verwant zijn aan die van het commune recht. Een wettelijke regeling zal in 1997 aan het Parlement worden voorgelegd, zodat deze herstructurering op 1 januari 1997 in werking treedt."

32 Met het oog hierop is wet nr. 97-1026 vastgesteld.

33 Vóór de vaststelling van deze wet was de balans van EDF als volgt ingedeeld:

— de actiefzijde bevatte een post „Geconcessioneerde vaste activa" ter hoogte van 285,7 miljard Franse frank (FRF), waarvan ongeveer 90 miljard FRF het RAG betrof;

— de passiefzijde een post „Reserves” waarvan ongeveer 38,5 miljard FRF voor het RAG, alsook een post „Tegenwaarde van de geconcessioneerde goederen”, die de uitgaven voor gerealiseerde vervangingen vertegenwoordigde. Deze post bedroeg 145,2 miljard FRF, waarvan 18,3 miljard voor het RAG.

34 Na de vaststelling van wet nr. 97-1026 is overeenkomstig artikel 4 ervan het volgende besloten:

— ten eerste werden de goederen die het RAG vormden, voor een bedrag van 90,325 miljard FRF geherkwalificeerd als „eigen vermogen” en niet meer geboekt als „geconcessioneerde goederen”;

— ten tweede werden de niet gebruikte reserves voor de vernieuwing van het RAG ad 38,521 miljard FRF opgevoerd als niet uitgekeerde winst, zonder opneming in de winst- en verliesrekening, en werd hiervan een bedrag ad 20,225 miljard FRF als over te dragen verlies geboekt, zodat deze rekening aldus was verevend; het saldo van 18,296 miljard FRF werd aan de reserves toegevoegd. Hoewel deze nieuwe indelingen buiten de winst- en verliesrekening om verliepen, leidden zij tot een belastbare opbrengst volgens artikel 38, lid 2, van het algemene wetboek van belastingen, waarover belasting tegen een tarief van 41,66 % werd geheven;

— ten derde werden de „rechten van de concessiegever” buiten de resultatenrekening om rechtstreeks geboekt onder de post kapitaalinjecties voor een bedrag van 14,119 miljard FRF (op een totaal van 18,345 miljard FRF) en werd het saldo verdeeld over de verschillende herwaarderingsposten.

35 In bijlage 1 bij de aan EDF gerichte brief van 22 december 1997 van de Franse minister van Economische Zaken, Financiën en Industrie, van de Franse staatssecretaris voor Begrotingszaken en van de Franse staatssecretaris voor Industrie wordt deze nieuwe balansindeling van EDF toegelicht.

Administratieve procedure

36 Bij brieven van 10 juli en 27 november 2001 heeft de Commissie de Franse autoriteiten verzocht haar bepaalde inlichtingen te geven over verschillende maatregelen die ten aanzien van EDF waren getroffen en staatssteun konden behelzen.

37 De Franse autoriteiten hebben de Commissie een aantal inlichtingen verstrekt bij brieven van 12 oktober 2001 en 21 februari 2002. Bij brief van 9 april 2002 hebben zij nadere bijzonderheden gegeven, vervat in een notitie van het directoraat-generaal belastingen van het Franse ministerie van Economische Zaken, Financiën en Industrie (hierna: „directoraat-generaal belastingen"), waarin met name het volgende werd aangegeven:

„Het argument dat de nieuwe boekhoudkundige en fiscale indeling in 1997 van de reserves voor de vernieuwing van het RAG de consolidering van een ongerechtvaardigd belastingvoordeel zou hebben mogelijk gemaakt, kan niet worden aanvaard. Op dit punt dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de nieuwe indeling van de gebruikte reserves voor vernieuwing, die, volgens de door EDF verstrekte informatie, onder de post ‚[R]echten van de concessiegever' voor een bedrag van 14,119 [miljard FRF] waren geboekt en niet voor 18,345 [miljard FRF], en die van de nog niet gebruikte reserves groot 38,5 [miljard FRF].

De RAG-rechten van de concessiegever vertegenwoordigen een niet-verschuldigd bedrag dat ten onrechte onbelast is gebleven omdat dit is toegevoegd aan het kapitaal.

Deze reserves zijn aan het kapitaal toegevoegd zonder fiscale gevolgen, aangezien het RAG niet onder de voor concessies geldende fiscale en boekhoudkundige regels viel. Aangezien het RAG eigen vermogen was, was EDF niet verplicht om deze vermogensbestanddelen aan de Staat terug te geven, zodat de daarmee overeenkomende bedragen die onder de post ‚[R]echten van de concessiegever' waren opgevoerd geen reële passiva vormden, maar een reserve waarover belasting verschuldigd was. Gelet hierop had deze reserve, alvorens te worden toegevoegd aan het kapitaal, uit de passiva van de balans, waar zij ten onrechte was opgenomen, moeten worden overgebracht naar een nettostaat. Zodoende zou een positief verschil in de nettowaarde zijn ontstaan, dat belastbaar was overeenkomstig het reeds aangehaalde artikel 38, [lid 2].

Het aldus verkregen belastingvoordeel kan worden geraamd op 5,88 [miljard FRF] (14,119 × 41,66 %).

Tegelijkertijd moet worden opgemerkt dat de nieuwe indeling die is verwezenlijkt door de rechtstreekse toerekening aan de post ‚over te dragen verliezen' zonder vermelding op de resultatenrekening, niettemin heeft geleid tot de vaststelling van een belastbaar resultaat van 38,5 miljard FRF (5,869 miljard EUR) overeenkomstig artikel 38, lid 2, van het algemene wetboek van belastingen. Bijgevolg is het belastingvoordeel dat ontstond doordat de ongebruikte reserves ten tijde van de vorming ervan zijn afgetrokken, feitelijk geneutraliseerd.

[…]

Hoewel de boeking als vermogen van de reeds gebruikte vervangingsreserves die waren opgevoerd in de post ‚[R]echten van de concessiegever', hoe dan ook bij de berekening van de belastbare winst in aanmerking moeten worden genomen, is dit derhalve ruimschoots rechtgetrokken in datzelfde jaar door de opneming van de niet gebruikte vervangingsreserves.

Alles bij elkaar genomen is er derhalve geen sprake van een ongerechtvaardigd voordeel, zodat de in 1997 uitgevoerde boekhoudkundige en fiscale herindeling voor EDF geen steun opleverde die haar concurrentiepositie onrechtmatig kon versterken."

38 Bij brief van 6 mei 2002 heeft de Commissie aangegeven dat zij niettegenstaande haar eerdere verzoeken nog steeds niet over bepaalde inlichtingen beschikte, en heeft zij bovendien om opheldering verzocht over de laatste door haar ontvangen inlichtingen.

39 Bij brief van 28 juni 2002 hebben de Franse autoriteiten bepaalde aanvullende inlichtingen verstrekt, en op 3 september 2002 heeft er een vergadering plaats gevonden.

40 De Commissie heeft de Franse autoriteiten drie onderling verband houdende beschikkingen betreffende EDF betekend bij brief van 16 oktober 2002, bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* (PB C 280, blz. 8) in de authentieke taal (Frans), voorafgegaan door een samenvatting in de andere officiële talen.

41 Enerzijds heeft de Commissie de Franse autoriteiten overeenkomstig artikel 88, lid 1, EG bij wijze van dienstige maatregel voorgesteld, de onbeperkte overheidsgarantie in te trekken die EDF genoot vanwege haar status van overheidsonderneming (EPIC), op grond waarvan de sanerings- en faillissementsregelingen voor ondernemingen in moeilijkheden niet op haar van toepassing zijn. Anderzijds heeft de Commissie overeenkomstig artikel 88, lid 2, EG de formele onderzoeksprocedure ingeleid om te bepalen in hoeverre EDF was bevoordeeld doordat zij geen vennootschapsbelasting had betaald over het gedeelte van de belastingvrije bestemmingsreserves voor de vernieuwing van het RAG (hierna: „inleidingsbeschikking"). Tot slot heeft zij de Franse autoriteiten verzocht om bepaalde inlichtingen die zij nodig had voor het onderzoek van dit belastingvoordeel.

42 De Franse autoriteiten hebben de Commissie bij brief van 11 december 2002 laten weten dat EDF volgens hen in 1997 geen belastingvoordeel had genoten.

43 Op 12 februari 2003 heeft een technische vergadering plaatsgevonden over het belastingvoordeel dat EDF in 1997 zou hebben genoten; hieraan hebben de Commissie en de Franse autoriteiten deelgenomen.

44 Bij brief van 12 juni 2003 hebben de Franse autoriteiten de Commissie opmerkingen in het kader van de formele onderzoeksprocedure toegezonden.

45 Op 17 november 2003 heeft een nieuwe technische vergadering plaatsgevonden tussen de Commissie, de Franse autoriteiten en de vertegenwoordigers van EDF over het belastingvoordeel dat EDF in 1997 zou hebben genoten. De Franse autoriteiten hebben aanvullende inlichtingen over deze kwestie verstrekt bij brief van 20 november 2003.

46 Op 16 december 2003 heeft de Commissie de beschikking vastgesteld betreffende de aan EDF en de elektriciteits- en gasindustrie verleende staatssteun (C 68/2002, N 504/2003 en C 25/2003) (hierna: „bestreden beschikking").

Bestreden beschikking

47 De bestreden beschikking heeft betrekking op de door de Franse Republiek aan EDF verstrekte „onbeperkte garantie", bepaalde aspecten van de pensioenregeling voor de

elektriciteits- en gassector en de door EDF in 1997 niet betaalde vennootschapsbelasting over een gedeelte van de vrij van belasting gevormde reserves voor de vernieuwing van het RAG.

48 Artikel 3 van de bestreden beschikking bepaalt:

„De niet-betaling door EDF in 1997 van de vennootschapsbelasting over een gedeelte van de onbelaste bestemmingsreserves voor de vernieuwing van het RAG, ter hoogte van 14,119 miljard FRF voor rechten van de concessiegever welke zijn overgebracht naar kapitaalinjecties, is staatssteun die niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.

Het steunbestanddeel in verband met de niet-betaling van de vennootschapsbelasting bedraagt 888,89 miljoen EUR."

49 Artikel 4 van de bestreden beschikking bepaalt:

„Frankrijk neemt alle nodige maatregelen om de in artikel 3 bedoelde en reeds onwettig ter beschikking gestelde steun van EDF terug te vorderen.

De terugvordering dient onverwijld te geschieden met inachtneming van de procedures van het nationale recht, voor zover de bedoelde procedures de onmiddellijke feitelijke tenuitvoerlegging van de onderhavige beschikking toestaan. Over het terug te vorderen bedrag is rente verschuldigd vanaf het tijdstip van de toekenning van de steun aan EDF tot het tijdstip van de daadwerkelijke terugbetaling. De rente wordt berekend op basis van het referentiepercentage dat voor de berekening van het subsidie-equivalent voor

regionale steunregelingen wordt gebruikt overeenkomstig de mededeling van de Commissie betreffende de toe te passen rentepercentages bij de terugvordering van onrechtmatig verkregen steun."

50 Wat het belastingvoordeel betreft dat EDF in 1997 zou hebben genoten, luidt het standpunt van de Commissie als volgt:

„84. Omdat bij wet nr. 97-1026 […] is bepaald dat EDF sinds 1956 als eigenaar van het RAG wordt beschouwd, dient te worden nagegaan of de eigendom van het RAG niet impliciet wordt overgedragen met deze wet.

85. Volgens de inlichtingen van de Franse autoriteiten kan EDF redelijkerwijs niet worden beschouwd als eigenaar van het RAG sinds het eerste bestek van 1956. Deze conclusie is gebaseerd op de volgende factoren: de kenmerken van de verschillende soorten concessiecontracten binnen het Franse recht, de specifieke kenmerken van de oorspronkelijke concessie ten behoeve van EDF (die geen exacte voorwaarde inzake retrocessie bevatte), de procedure voor de aankoop van de betrokken activa (waarvoor EDF een met een onteigeningspremie vergelijkbaar recht heeft moeten betalen) en de financieringsvoorwaarden voor het onderhoud en de ontwikkeling van het RAG ten laste van EDF. Dientengevolge is de Commissie van mening dat de ‚opheldering' inzake het eigendomsrecht van het RAG bij wet nr. 97-1026 […] op zich geen staatssteun behelst.

86. Nu dient te worden nagegaan of in wet nr. 97-1026 rekening is gehouden met alle fiscale gevolgen van deze ‚opheldering' en, indien dit niet het geval is geweest, of EDF geen belastingvoordeel heeft genoten.

87. Gedurende de periode 1987-1996 heeft EDF belastingvrije bestemmingsreserves voor de vernieuwing van het RAG aangelegd. Na […] wet [nr. 97-1026], waarin EDF

sinds 1956 als eigenaar van het RAG wordt beschouwd, zijn deze reserves doelloos geworden. Zodoende moesten ze worden overgebracht naar andere balansposten.

88. Uit het schrijven van de minister van Economische Zaken, waarin de fiscale gevolgen van de nieuwe balansindeling van EDF worden beschreven, blijkt dat de Franse autoriteiten een vennootschapsbelasting van 41,66 % (het geldende tarief in 1997) hebben berekend over de ongebruikte reserves voor de vernieuwing van het RAG.

89. Overeenkomstig artikel 4 van wet nr. 97-1026 […] is echter een gedeelte van deze reserves, de rechten van de concessiegever, dat overeenstemt met de reeds gerealiseerde vernieuwingswerkzaamheden, overgebracht naar kapitaalinjecties ter hoogte van 14,119 miljard FRF zonder dat hierover vennootschapsbelasting is berekend. De Franse autoriteiten erkennen zelf het onrechtmatige karakter van deze werkwijze. In een notitie van het directoraat-generaal belastingen van 9 april 2002 aan de Commissie geven de Franse autoriteiten aan dat ‚de RAG-rechten van de concessiegever een niet-verschuldigd bedrag vertegenwoordigen waarover ten onrechte geen belasting hoeft te worden betaald omdat dit is toegevoegd aan het kapitaal' en dat ‚voordat de reserve zou zijn toegevoegd aan het kapitaal, deze had moeten worden overgebracht vanaf de passiva van het bedrijf, waar de reserve nu ten onrechte is weergegeven als nettostaat. Zodoende is een positief verschil van het belastbare nettoactief ontstaan overeenkomstig artikel 38-2' van het Wetboek van de Inkomstenbelasting. Zij merken op dat ‚het aldus verkregen belastingvoordeel [in 1997 door EDF] kan worden geraamd op 5,88 miljard FRF (14,119 × 41,66 %)', dus 888,89 miljoen EUR.

90. De Commissie merkt enerzijds op dat de foutcorrecties boekhoudkundig dienen te worden verwerkt in het resultaat van het boekjaar waarin ze zijn geconstateerd, conform het advies van de [CNC]. Ook al is er in 1997 een omzetbelasting van 41,66 % berekend over de ongebruikte belastingvrije reserves ter hoogte van 38,5 miljard FRF, is de Commissie anderzijds van mening dat er geen enkele objectieve reden bestaat om niet dezelfde belasting te heffen over het andere gedeelte van de belastingvrije reserves.

91. De Commissie is van mening dat over de rechten van de concessiegever tegelijkertijd dezelfde belasting had moeten worden betaald als over de andere belastingvrije bestemmingsreserves. Dit betekent dat 14,119 miljard FRF aan rechten van de concessiegever had moeten worden opgeteld bij de 38,5 miljard FRF aan ongebruikte reserves zodat hierover een belasting van 41,66 % kon worden berekend. Dit percentage is toegepast op de nieuwe balansindeling van EDF door de Franse autoriteiten. Door niet de volledige vennootschapsbelasting te betalen op de nieuwe balansindeling heeft EDF 888,89 miljoen EUR bespaard.

92. De Commissie is van mening dat de steun wel is uitbetaald in 1997, want het bedrag van 14,119 miljard FRF vormde op deze datum een schuld aan de Staat en was opgevoerd op de balans als rechten van de concessiegever, waarvan de Staat bij […] wet nr. 97-1026 […] afstand heeft gedaan.

93. De Franse autoriteiten beweren dat, zelfs zonder toevoegingen aan de bestemmingsreserves voor de vernieuwing van het RAG, EDF niet in staat zou zijn geweest om de vennootschapsbelasting tussen 1987 en 1996 te betalen vanwege de overdracht van grote fiscale verliezen. De Commissie is van mening dat dit argument niet steekhoudend is aangezien het belastingvoordeel betrekking heeft op 1997 en niet op eerdere jaren. Bovendien merkt de Commissie op dat de overdrachten van fiscale verliezen geleidelijk zouden zijn afgebouwd tussen 1987 en 1996 als deze toevoegingen aan de bestemmingsreserves niet hadden plaatsgevonden. In 1997 zou EDF dus netto meer belasting zijn verschuldigd.

94. Daarnaast zijn de Franse autoriteiten van mening dat, zelfs als de vorming van bestemmingsreserves voor de vernieuwing van het RAG tot een voordeel zou hebben geleid, dit voordeel teniet is gedaan door de verhoging van de in 1997 betaalde vennootschapsbelasting. De Commissie wijst dit argument van de hand. Zoals zij zojuist heeft aangetoond en zoals de Franse autoriteiten ook zelf opmerken in hun notitie van 9 april 2002, ook al zijn de onbelaste bestemmingsreserves voor de vernieuwing van het RAG normaal belast, de rechten van de concessiegever zijn

overgebracht naar kapitaalinjecties zonder dat hierover vennootschapsbelasting is betaald. In 1997 heeft EDF dus minder belasting betaald dan zij eigenlijk verschuldigd was.

95. De Franse autoriteiten beweren bovendien dat de boekhoudkundige herindeling van 1997 kan worden beschouwd als een aanvullende kapitaalinjectie van een bedrag dat overeenkomt met de gedeeltelijke belastingvrijstelling. Van hun kant zou het dus om een investering en niet om steun gaan. Ook beweren zij dat EDF in de periode 1987-1996 in totaal aan de Staat meer vennootschapsbelasting heeft betaald dan een handelsonderneming die geen bestemmingsreserves voor de vernieuwing van het RAG zou hebben aangelegd en die aan de aandeelhouder een dividend van 37,5 % over het nettoresultaat na belastingen zou hebben betaald.

96. De Commissie wijst deze argumenten van de hand en wijst erop dat het beginsel van de particuliere investeerder slechts een rol mag spelen tijdens de uitoefening van economische activiteiten en niet tijdens de uitoefening van regulerende bevoegdheden. De overheid kan zich niet beroepen op het argument dat zij eventuele economische voordelen zou kunnen verkrijgen als eigenaar van een bedrijf ter rechtvaardiging van steun die zij willekeurig heeft verleend via voorrechten waartoe zij kan besluiten als fiscale autoriteit van dit bedrijf.

97. Een lidstaat kan namelijk naast de uitoefening van zijn functie als openbare macht weliswaar optreden als aandeelhouder, maar hiertussen moet wel een duidelijke scheidslijn bestaan. Als lidstaten hun voorrechten als openbare macht zouden mogen aanwenden ten behoeve van hun investeringen in ondernemingen op markten met open mededinging, zou de communautaire regelgeving op het gebied van staatssteun totaal geen dienstig effect meer hebben. Ook al is het verdrag krachtens artikel 295 neutraal ten aanzien van kapitaalbezit, toch moeten overheidsbedrijven zich houden aan dezelfde regels als particuliere ondernemingen. Overheidsbedrijven en particuliere ondernemingen zouden niet langer gelijk worden behandeld als de staat zijn voorrechten als openbare macht zou aanwenden ten behoeve van ondernemingen waarvan hij aandeelhouder is.

98. De Franse autoriteiten beweren dat de vennootschapsbelasting van 1996 en niet 1997 had moeten worden toegepast op de nieuwe balansindeling van EDF. Zoals eerder is aangegeven, merkt de Commissie enerzijds op dat volgens de [CNC] boekhoudkundige fouten moeten worden gecorrigeerd in het boekjaar dat ze zijn geconstateerd. De bestemmingsreserves voor de vernieuwing van het RAG, welke doelloos zijn geworden na wet nr. 97-1026 […], moeten opnieuw worden overgebracht naar het boekjaar 1997. Zodoende moet hierover de vennootschapsbelasting van dat boekjaar worden berekend. Anderzijds merkt de Commissie op dat de Franse autoriteiten zelf de vennootschapsbelasting van 1997 hebben toegepast op het belaste gedeelte van de bestemmingsreserves.

99. EDF is dus in het voordeel gesteld omdat het in 1997 888,89 miljoen EUR aan belastingen niet heeft betaald. EDF heeft dit bedrag kunnen aanwenden om het eigen vermogen te versterken zonder een beroep te hoeven doen op externe financiële middelen. Het voordeel is noodzakelijkerwijs selectief, aangezien het bij de gebruikelijke fiscale verwerking van een dergelijke verrichting een uitzondering is dat de vennootschapsbelasting niet wordt betaald over een gedeelte van deze bestemmingsreserves. Het feit dat dit voordeel aan EDF is verleend door een specifiek wetsbesluit (wet nr. 97-1026 […]), getuigt van het unieke, afwijkende karakter ervan.

[…]

154. Op basis van voorgaande overwegingen is de Commissie dan ook van mening dat de onderzochte steun een vorm van productiesteun is waarmee de concurrentiepositie van EDF wordt versterkt ten opzichte van haar concurrenten. De steun is derhalve onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt.

155. Tot slot is de Commissie van mening dat de verjaringsregel niet van toepassing is op de onderhavige zaak, in weerwil van de bewering van de Franse autoriteiten. EDF heeft inderdaad belastingvrije bestemmingsreserves aangelegd tussen 1987 en 1996. Enerzijds dient evenwel te worden opgemerkt dat volgens de [CNC] foutcorrecties, die vanwege hun aard betrekking hebben op de boekhoudkundige verwerking van eerdere transacties, moeten worden toegepast in het resultaat van het boekjaar waarin ze zijn geconstateerd. Anderzijds dateert de wet waarin wordt bepaald dat de rechten van de concessiegever dienen te worden overgebracht naar kapitaalinjecties zonder dat hierover vennootschapsbelasting hoeft te worden betaald, van 10 november 1997. Het fiscale voordeel dateert dus van 1997 en de verjaringstermijn is niet van toepassing op nieuwe steun die op deze datum is uitbetaald."

51 Gelet op de overeenkomstig artikel 4 van de bestreden beschikking berekende rente beloopt het door EDF terug te betalen bedrag in totaal 1,217 miljard EUR. EDF heeft dit bedrag aan de Franse Staat terugbetaald.

Procesverloop en conclusies van partijen

52 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 27 april 2004, heeft EDF het onderhavige beroep ingesteld.

53 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 17 augustus 2004, heeft de Franse Republiek verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van EDF. Bij beschikking van 20 september 2004 heeft de president van de Derde kamer van het Gerecht deze interventie toegestaan. De Franse Republiek heeft haar memorie binnen de gestelde termijn ingediend.

54 Bij brief van 18 februari 2005 heeft de Commissie het Gerecht verzocht om vaststelling van een maatregel tot organisatie van de procesgang, teneinde een rapport getiteld

„Oxera-rapport", dat EDF als bijlage bij haar opmerkingen over de memorie in interventie van de Franse Republiek had gevoegd, uit het dossier te verwijderen omdat het om nieuw bewijs zou gaan, dat in deze fase van de procedure niet is toegelaten.

55 Bij brief van 25 april 2005 heeft EDF het Gerecht verzocht om vaststelling van een maatregel tot organisatie van de procesgang teneinde de Commissie te vragen haar oordeel te geven over de inhoud van dat rapport. De Commissie heeft haar opmerkingen over dit verzoek ingediend bij brief van 7 juni 2005.

56 Het Gerecht (Derde kamer) heeft partijen gevraagd schriftelijk te antwoorden op de vragen die hun door de griffie op 12 juni 2006 zijn toegezonden. Partijen hebben aan dit verzoek voldaan binnen de gestelde termijn.

57 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 3 maart 2008, heeft Iberdrola, SA verzocht om aan de zijde van de Commissie te mogen interveniëren.

58 Hoewel het verzoek tot interventie is ingediend na het verstrijken van de termijn van 6 weken, bepaald in artikel 115, lid 1, van het Reglement van de procesvoering van het Gerecht, is Iberdrola bij beschikking van 5 juni 2008 toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie en de indiening van haar opmerkingen tijdens de mondelinge behandeling.

59 Het Gerecht (Derde kamer) heeft partijen gevraagd schriftelijk te antwoorden op de nieuwe vragen die hun door de griffie op 14 mei 2008 zijn toegezonden. Partijen hebben aan dit verzoek voldaan binnen de gestelde termijn.

60 Partijen hebben ter terechtzitting van 25 november 2008 pleidooi gehouden en op de vragen van het Gerecht geantwoord.

61 EDF, ondersteund door de Franse Republiek, concludeert dat het het Gerecht behage:

— de artikelen 3 en 4 van de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

62 De Commissie, ondersteund door Iberdrola, concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep ongegrond te verklaren;

— EDF in de kosten te verwijzen.

63 In haar opmerkingen over de memorie in interventie heeft de Commissie tevens geconcludeerd dat het het Gerecht behage de Franse Republiek in de kosten te verwijzen.

In rechte

64 Primair voert EDF in wezen drie middelen aan.

65 Met haar eerste middel betoogt EDF enerzijds dat de Commissie de bepalingen van artikel 20 van verordening nr. 659/1999 heeft geschonden doordat EDF geen relevante opmerkingen heeft kunnen maken over de „ommekeer" in het standpunt van de Commissie tussen de vaststelling van de inleidingsbeschikking en de vaststelling van de bestreden beschikking.

66 Anderzijds voert EDF aan dat het feit dat zij niet tijdens de procedure op de hoogte was gesteld van een „fundamentele standpuntwijziging" een schending van haar „rechten van de verdediging" is.

67 Met haar tweede middel betoogt EDF in wezen dat de Commissie blijk heeft gegeven van meerdere onjuiste rechtsopvattingen bij de uitlegging van het begrip „staatssteun" en dat de bestreden beschikking bovendien diverse leemten vertoont in de motivering.

68 In de eerste plaats zou de „ondercompensatie" van de door haar gedragen kosten van de openbare dienstverlening, die vanaf 1997 zeer aanmerkelijk waren gestegen, elk „hypothetisch voordeel" dat zij had kunnen hebben, tenietdoen.

69 In de tweede plaats hadden de betrokken maatregelen aangemerkt moeten worden als kapitaalinjecties en beoordeeld moeten worden in de bredere context van verduidelijking van de financiële betrekkingen tussen de Staat en EDF. Door het treffen van deze maatregelen zou de Staat zich hebben gedragen als een verstandige particuliere investeerder in een markteconomie.

70 In de derde plaats had de Commissie rekening moeten houden met de gehele context van de herstructurering van de financiële verhoudingen tussen de Staat en EDF in 1997 en op grond daarvan moeten concluderen dat EDF over het geheel genomen geen voordeel was verleend.

71 In de vierde plaats hadden de betrokken maatregelen het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig beïnvloed.

72 Met haar derde middel voert EDF aan dat de Commissie haar motiveringsverplichting heeft geschonden door haar afwijzing van het argument dat de betrokken maatregelen als een herkapitalisatieoperatie moesten worden beschouwd, niet te onderbouwen.

73 Bovendien zou de Commissie een onjuiste uitlegging hebben gegeven aan de fiscale aspecten van de in 1997 uitgevoerde operatie.

74 EDF voert subsidiair nog twee andere middelen aan.

75 Met haar eerste subsidiaire middel stelt EDF dat de betrokken maatregelen — ervan uitgaande dat deze als steun kunnen worden aangemerkt — voor het merendeel moeten worden beschouwd als bestaande steun overeenkomstig artikel 1, sub b, sub v, van verordening nr. 659/1999, aangezien zij zijn uitgevoerd vóór de daadwerkelijke liberalisering van de elektriciteitssector. Overigens zouden de meeste van deze steunmaatregelen als bestaande steun in de zin van de verjaringsregeling van artikel 15, lid 1, van verordening nr. 659/1999 moeten worden beschouwd.

76 Met haar tweede subsidiaire middel betoogt EDF dat de bestreden beschikking verschillende berekeningsfouten bevat, waardoor zij nietig is.

77 De Franse Republiek ondersteunt als interveniënte ten eerste het onderdeel van het tweede middel dat betrekking heeft op het niet toepassen door de Commissie van het criterium van de particuliere investeerder, ten tweede het derde middel, schending van de motiveringsplicht, en ten derde de subsidiaire middelen van EDF.

Eerste middel: schending van artikel 20 van verordening nr. 659/1999 en schending van de rechten van de verdediging

Argumenten van partijen

78 In het kader van het eerste onderdeel van haar eerste middel betoogt EDF dat het standpunt dat de Commissie in de bestreden beschikking heeft ingenomen radicaal verschilt van haar standpunt in de inleidingsbeschikking, in het bijzonder waar het gaat om de kwalificatie van de betrokken maatregelen.

79 EDF stelt dat volgens de inleidingsbeschikking het steunelement schuilt in de vorming van voorzieningen voor de vernieuwing van het RAG gedurende de periode 1987-1996, aangezien deze EDF gedurende die periode ieder jaar een onverschuldigd belastingvoordeel verschaften, een voordeel dat voor een deel teniet was gedaan door de boekhoudkundige aanpassingen en herindelingen in 1997. EDF verwijst in zoverre naar de punten 45, 49, 52, 56 en 84 van de inleidingsbeschikking.

80 Volgens EDF blijkt duidelijk uit de punten 45 en 49 van de inleidingsbeschikking dat de Commissie de bepalingen van wet nr. 97-1026 heeft beschouwd als bepalingen die de eerder verkregen voordelen minder groot maakten, en niet als bepalingen waardoor die voordelen werden geschapen.

81 Bovendien is zij van mening dat de Commissie alleen door gebruik van het begrip „consolidatie van de eerdere steun" — begrip dat overigens nieuw en onbekend is in verordening nr. 659/1999 — de vermeende voordelen kunstmatig aan één jaar — 1997 — lijkt te hebben gekoppeld, ofschoon de Commissie had gesteld dat die voordelen gedurende de periode 1987-1996 waren verkregen. In dit verband verwijst EDF meer in het bijzonder naar punt 71 van de inleidingsbeschikking.

82 EDF stelt dat de Commissie haar standpunt in de bestreden beschikking heeft gewijzigd door vast te stellen dat de bepalingen van wet nr. 97-1026, die zij tot dat tijdstip had aangevoerd als oorzaak waardoor het door EDF verkregen voordeel minder groot was geworden, in werkelijkheid constitutief waren voor de vermeende steun. EDF baseert zich op dit punt op de bewoordingen van artikel 3 van de bestreden beschikking.

83 Bovendien meent EDF dat deze standpuntwijziging van invloed is geweest op de kwalificatie van de betrokken maatregelen als nieuwe steun en op de weigering om ze als bestaande steun te beschouwen.

84 Volgens EDF is de Commissie, wanneer eenmaal besloten is de onderzoeksprocedure in te leiden, verplicht de staat alsmede de belanghebbende derden in staat te stellen hun opmerkingen in te dienen.

85 EDF erkent dat bij de huidige stand van de rechtspraak — zij verwijst op dit punt naar het arrest van het Gerecht van 14 december 2000, UFEX e.a./Commissie (T-613/97, Jurispr. blz. II-4055) — deze fase van de procedure niet zozeer de „rechten van de

verdediging" van de staat en de belanghebbende derden beoogt te waarborgen, als wel de Commissie in staat te stellen de voor haar onderzoek dienstige informatie te verzamelen.

86 Punt 8 van de considerans van verordening nr. 659/1999 geeft echter aan, dat „in de gevallen waarin de uitkomst van het eerste onderzoek de Commissie niet tot de slotsom kan brengen dat een steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is, de formele onderzoeksprocedure dient te worden ingeleid, zodat de Commissie alle inlichtingen kan verzamelen die zij nodig heeft om de verenigbaarheid van de steunmaatregel te beoordelen en om de belanghebbenden in de gelegenheid te stellen hun opmerkingen kenbaar te maken; dat de rechten van de belanghebbenden het beste binnen het raam van de formele onderzoeksprocedure van artikel [88], lid 2, [EG], kunnen worden gewaarborgd".

87 Volgens EDF, die zich daarbij in het bijzonder op de laatste zin van dit punt van de considerans baseert, hebben belanghebbende derden rechten die de formele onderzoeksprocedure beoogt te verzekeren. Deze rechten zouden erin bestaan dat het mogelijk moet zijn de Commissie alle inlichtingen te verstrekken om haar in staat te stellen haar onderzoek tot een goed einde te brengen.

88 Aangezien het besluit om de formele onderzoeksprocedure in te leiden de rechtspositie van de begunstigde van de steun kan beïnvloeden en voor hem bezwarend kan zijn (arrest Gerecht van 30 april 2002, Government of Gibraltar/Commissie, T-195/01 en T-207/01, Jurispr. blz. II-2309, punt 85), had EDF derhalve gedurende de gehele administratieve procedure in staat moeten worden gesteld om tijdig haar standpunt kenbaar te maken inzake de juistheid en de relevantie van de door de Commissie aangevoerde feiten, grieven en omstandigheden (zie in die zin arrest Hof van 29 juni 1994, Fiskano/Commissie, C-135/92, Jurispr. blz. I-2885, punt 40, en arrest Gerecht van 30 maart 2000, Kish Glass/Commissie, T-65/96, Jurispr. blz. II-1885, punt 32), en dit gold te meer aangezien de op het spel staande bedragen aanzienlijk waren en er slechts één enkele begunstigde was.

89 EDF betoogt dat zij, doordat de Commissie de belanghebbende derden niet op de hoogte heeft gesteld van de „fundamentele wijziging" van haar standpunt, de omvang van de financiële consequenties van de bestreden beschikking niet naar waarde heeft kunnen schatten en de Commissie ook geen dienstige informatie heeft kunnen verstrekken voor een juist inzicht in de situatie.

90 Aangezien de rechten van belanghebbende derden zijn beperkt, behoren zij volgens EDF „bijzonder zorgvuldig" beschermd te worden en is het derhalve noodzakelijk dat deze belanghebbende derden het enige recht dat hun toekomt — de bevoegdheid de Commissie op de hoogte te stellen van documenten en dienstige informatie — op zijn minst kunnen uitoefenen met volledige kennis van het standpunt van de Commissie, aangezien dit recht anders geheel zijn betekenis verliest.

91 Dit is, zo meent EDF, in casu niet het geval geweest, aangezien zij niet op de hoogte was gesteld van de standpuntwijziging van de Commissie, waardoor zij geen nuttige informatie en feiten heeft kunnen verstrekken die bijvoorbeeld voor de Commissie aanleiding hadden kunnen zijn om bij haar oorspronkelijke standpunt te blijven, met eventueel als uiteindelijk gevolg dat de meeste van de betrokken maatregelen als bestaande steun waren aangemerkt.

92 De Commissie zou derhalve artikel 20 van verordening nr. 659/1999 hebben geschonden.

93 In het kader van het tweede onderdeel van haar eerste middel wenst EDF van het Gerecht te vernemen hoe „strikt de huidige rechtspraak" is op het gebied van de „rechten van de verdediging van de belanghebbende derden" — en in het bijzonder van de begunstigde van de vermeende steun — in het kader van staatssteunprocedures.

94 Het Hof heeft immers in zijn arrest van 21 maart 1990, België/Commissie („Tubemeuse", C-142/87, Jurispr. blz. I-959, punt 46) geoordeeld dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging in iedere procedure die tot een voor de betrokkene bezwarende handeling kan leiden, is te beschouwen als een fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht, dat zelfs bij ontbreken van een specifiek voorschrift in acht moet worden genomen.

95 Op het gebied van staatssteun zouden alleen de lidstaten „echte rechten van de verdediging" in de zin van de rechtspraak kunnen hebben, omdat de procedure tegen hen en niet tegen de begunstigde derden wordt ingeleid.

96 Volgens EDF is deze zienswijze echter moeilijk verenigbaar met het feit dat juist de begunstigde derden door een bevel tot terugbetaling worden geraakt, terwijl de lidstaat daarentegen financieel profijt trekt van een dergelijke bevel. Daarom zou er een „belangenconflict" tussen de lidstaat en de begunstigde kunnen zijn.

97 EDF stelt in wezen dat dit „potentiële belangenconflict" enerzijds aangeeft dat de weinige rechten van derde belanghebbenden in de staatssteunprocedures — en, in het bijzonder, het hun in artikel 20 van verordening nr. 659/1999 toegekende recht — moeten worden beschermd, en anderzijds rechtvaardigt om de belanghebbende derden of althans de begunstigden van steun los van deze bepaling een „begin van echte rechten van de verdediging" toe te kennen.

98 EDF meent op grond hiervan dat de inachtneming van de rechten van derde belanghebbenden in het algemeen en van de rechten van begunstigden van steun in het bijzonder de Commissie ertoe verplicht hen in staat te stellen om hun standpunt behoorlijk kenbaar te maken en derhalve een nieuwe mededeling bekend te maken indien zij overweegt in haar eindbeschikking fundamenteel andere feiten, grieven, standpunten of omstandigheden aan te voeren dan die vermeld in de mededeling aan de voornoemde derden.

99 In casu is het feit dat de Commissie in haar eindbeschikking haar standpunt omtrent de aard van de betrokken maatregelen „fundamenteel" heeft gewijzigd en geen tweede mededeling in het Publicatieblad heeft bekendgemaakt, volgens EDF een ernstige schending van haar „rechten van de verdediging".

100 De Commissie bestrijdt deze argumentatie.

Beoordeling door het Gerecht

— Schending van de rechten van de verdediging

101 Volgens vaste rechtspraak moet de eerbiediging van de rechten van de verdediging in iedere tegen een persoon gerichte procedure die tot een voor hem bezwarend besluit kan leiden, worden beschouwd als een fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht, dat zelfs bij ontbreken van enig specifiek voorschrift in acht moet worden genomen. Dit beginsel verlangt dat de betrokkene reeds in het stadium van de administratieve procedure in staat wordt gesteld naar behoren zijn standpunt kenbaar te maken inzake de juistheid en de relevantie van de gestelde feiten en omstandigheden, alsook met betrekking tot de stukken waarmee de Commissie de door haar gestelde inbreuk heeft gestaafd (arrest Hof van 10 juli 1986, België/Commissie, 40/85, Jurispr. blz. 2321, punt 28, en arrest Gerecht van 6 maart 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie T-228/99 en T-233/99, Jurispr. blz. II-435, punt 121).

102 De administratieve procedure inzake staatssteun wordt evenwel alleen tegen de betrokken lidstaat ingeleid. De ondernemingen die steun ontvangen, worden in deze procedure uitsluitend als „belanghebbenden" beschouwd. Zij zelf kunnen geen aanspraak maken op een debat op tegenspraak met de Commissie, zoals dit ten gunste van deze lidstaat is vastgesteld (arrest Hof van 24 september 2002, Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie, C-74/00 P en C-75/00 P, Jurispr. blz. I-7869, punten 81 en 83).

103 De rechtspraak kent de belanghebbenden dan ook vooral de rol toe van informatiebron voor de Commissie in het kader van de administratieve procedure van artikel 88, lid 2, EG. Bijgevolg kunnen de belanghebbenden zich niet beroepen op de rechten van de

verdediging die toekomen aan de personen tegen wie een procedure is ingeleid, maar hebben zij enkel het recht om, gelet op de omstandigheden van het concrete geval, op passende wijze bij de administratieve procedure te worden betrokken (zie arresten Gerecht van 25 juni 1998, British Airways e.a./Commissie, T-371/94 en T-394/94, Jurispr. blz. II-2405, punten 59 en 60, en aldaar aangehaalde rechtspraak, en Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie, aangehaald in punt 101 supra, punt 125).

104 Derhalve kan verzoekster geen schending van haar rechten van de verdediging aanvoeren, aangezien deze rechten haar niet toekomen in het kader van de administratieve procedure, ook al betoogt zij terecht dat de lidstaat die de steun heeft verleend en de ontvanger van die steun uiteenlopende belangen kunnen hebben in door de Commissie ingestelde staatssteunprocedures.

105 Het eerste onderdeel van het eerste middel moet derhalve worden afgewezen.

— Schending van de procedurele rechten van de ontvanger van steun als belanghebbende

106 Volgens vaste rechtspraak is de Commissie verplicht in het kader van het onderzoek van artikel 88, lid 2, EG de belanghebbenden aan te manen hun opmerkingen in te dienen (zie arrest Hof van 8 mei 2008, Ferriere Nord/Commissie, C-49/05 P, niet gepubliceerd in de Jurispr., punt 68, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

107 Weliswaar kunnen deze belanghebbenden zich niet op de rechten van de verdediging beroepen, maar zij beschikken wel over het recht om, naar gelang van de omstandig-

heden van het concrete geval, op passende wijze bij de door de Commissie ingeleide administratieve procedure te worden betrokken (arrest Ferriere Nord/Commissie, aangehaald in punt 106 supra, punt 69).

108 Bovendien moet de Commissie een formele onderzoeksprocedure inleiden en de belanghebbenden hiervan in kennis stellen, wanneer zij na een eerste onderzoek ernstig twijfelt aan de verenigbaarheid van de betrokken financiële maatregel met de gemeenschappelijke markt. Bijgevolg behoeft de Commissie in de mededeling betreffende de inleiding van deze procedure geen volledige analyse van de betrokken steun te geven, maar is het voldoende dat zij het kader van haar onderzoek op toereikende wijze vaststelt, zodat het recht van de belanghebbenden om hun opmerkingen in te dienen niet zinledig wordt [arrest Gerecht van 31 mei 2006, Kuwait Petroleum (Nederland)/Commissie, T-354/99, Jurispr. blz. II-1475, punt 85].

109 Verder kan de Commissie, wanneer zij besluit de formele onderzoeksprocedure in te leiden, volgens artikel 6 van verordening nr. 659/1999 in de desbetreffende beschikking volstaan met het geven van een samenvatting van de relevante feiten en rechtspunten, een eerste beoordeling van het steunkarakter van de betrokken overheidsmaatregel, en een uiteenzetting van de redenen waarom zij twijfelt aan de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt (arrest Gerecht van 23 oktober 2002, Diputación Foral de Guipúzcoa e.a./Commissie, T-269/99, T-271/99 en T-272/99, Jurispr. blz. II-4217, punt 104).

110 De inleidingsbeschikking moet de belanghebbenden dus in staat stellen op effectieve wijze deel te nemen aan de formele onderzoeksprocedure, waarin zij hun argumenten kunnen aanvoeren. Daartoe is het voldoende dat de belanghebbenden weten op welke gronden de Commissie tot de voorlopige conclusie is gekomen dat de betrokken maatregel een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare nieuwe steunmaatregel is (zie arrest Gerecht van 22 oktober 2008, TV 2/Danmark e.a./Commissie, T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04, Jurispr. blz. II-2935, punt 139, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

111 In casu heeft de Commissie zowel in de inleidingsbeschikking als in de bestreden beschikking de fiscale behandeling van de rechten van de concessiegever bij de herstructurering van de balans van EDF onderzocht, die was doorgevoerd krachtens wet nr. 97-1026 (hierna: „litigieuze maatregel"). Op dit punt is het kader van onderzoek in beide gevallen dus gelijk.

112 Verder heeft de Commissie zowel in punt 51 van de inleidingsbeschikking als in punt 89 van de bestreden beschikking de berekening van hetgeen aan belasting verschuldigd was geweest, overgenomen zoals de Franse autoriteiten die hadden uitgevoerd en volgens welke de door EDF genoten belastingverlichting kon worden geschat op 5 883 miljoen FRF.

113 Derhalve moet worden geoordeeld dat EDF door de inleidingsbeschikking voldoende kennis had van het relevante kader van het onderzoek en van de gronden waarop de Commissie tot de voorlopige conclusie was gekomen dat de betrokken maatregel een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare nieuwe steunmaatregel kon zijn, zodat zij naar behoren opmerkingen ter zake kon maken.

114 De door EDF aangevoerde argumenten, dat de Commissie de litigieuze maatregel fiscaal en boekhoudkundig op andere wijze heeft beoordeeld dan oorspronkelijk in de inleidingsbeschikking, moeten dus, al zouden zij gegrond zijn, als irrelevant worden afgewezen.

115 Daarom dient het eerste middel van EDF te worden afgewezen.

Tweede middel: schending van artikel 87 EG door de Commissie

Het eerste onderdeel: het niet in aanmerking nemen van de „ondercompensatie" van de door EDF gedragen kosten van openbaredienstverlening

— Argumenten van partijen

116 EDF betoogt in wezen dat de haar door de overheid opgelegde openbaredienstverplichtingen vanaf 1997 zeer aanmerkelijk zijn toegenomen. Deze extra lasten zouden niet zijn gecompenseerd door de tarieven voor de levering van elektriciteit, aangezien deze tarieven gedurende diezelfde periode zeer aanzienlijk waren gedaald.

117 Volgens EDF was de toename van de openbaredienstverplichtingen een uitvloeisel van de herstructurering van de verhoudingen tussen haar en de staat en een onderdeel van het financiële evenwicht dat in de ondernemingsovereenkomst van 8 april 1997 was neergelegd (zie hierboven punt 31).

118 Ter staving hiervan stelt EDF dat de belangrijkste openbaredienstverplichting in de betrokken periode was geweest de aankoop van elektriciteit bij producenten met warmtekrachtinstallaties.

119 Reeds die verplichting volstaat volgens EDF als bewijs dat de betrokken kosten ruimschoots hoger waren dan het door haar verkregen belastingvoordeel.

120 EDF stelt dat de Commissie in beschikking C(2003) 2508 van 23 juli 2003 om geen bezwaar te maken tegen de verhoging van het kapitaal van De Post NV door de Belgische Staat, waar het ging om de openbaredienstverplichting van De Post, van oordeel was dat aangezien de „historische ondercompensatie" van de extra nettokosten van de dienstverrichting van algemeen economisch belang uitkwam boven de door de staat aangemelde kapitaalbijdrage, deze bijdrage op zich geen staatssteun was, aangezien deze De Post geen voordeel verschafte en staatssteun vormde die met de gemeenschappelijke markt verenigbaar was. Aangezien de aangemelde kapitaalbijdrage dus verenigbaar was met de gemeenschappelijk markt, was het volgens de Commissie niet nodig te onderzoeken of het overheidsbesluit tot inbreng van het betrokken kapitaal in overeenstemming was met het gedrag van een verstandige particuliere investeerder in de markteconomie.

121 Volgens EDF moet derhalve naar analogie van deze beschikking van de Commissie worden geoordeeld dat een kapitaalbijdrage die zij zou hebben ontvangen, op zich geen steunmaatregel was, omdat deze geen voordeel verschafte dan wel een met de gemeenschappelijke markt verenigbare staatssteun vormde.

122 Bovendien, zo stelt EDF in wezen, heeft de Commissie in punt 79 van de inleidingsbeschikking het argument van een eventuele „ondercompensatie" van de kosten van de openbaredienstverlening wel degelijk afgewezen, maar zij heeft dat gedaan ten aanzien van alle onderzochte steunmaatregelen, ook die maatregelen die uiteindelijk niet als steun zijn aangemerkt.

123 Verder betoogt EDF in essentie dat indien de Franse Republiek werd geacht nalatig te zijn geweest met het verstrekken van de door de Commissie tijdens de formele onderzoeksprocedure gevraagde inlichtingen inzake de eventuele kosten van de openbaredienstverlening, zodat de in het kader van het onderhavige beroep aangevoerde argumenten niet in aanmerking kunnen worden genomen aangezien de rechtmatigheid van een steunbeschikking moet worden beoordeeld aan de hand van de gegevens waarover de Commissie kon beschikken op het ogenblik waarop zij haar beschikking gaf, en de door de Commissie verrichte ingewikkelde beoordelingen enkel mogen worden beoordeeld aan de hand van de gegevens waarover de Commissie beschikte op het ogenblik waarop zij die beoordelingen verrichtte, dit tot gevolg heeft dat EDF, omdat zij niet aan de administratieve procedure had deelgenomen, zich niet op dit middelonderdeel mag beroepen. Dat zou echter de schending van haar „rechten van de verdediging" bevestigen, aangezien zij, door niet in de administratieve procedure

„eerlijk en volledig" door de Commissie te zijn geïnformeerd, niet in staat is geweest de noodzaak van het aanvoeren van deze argumenten in te schatten, en zij dit thans niet blijkt te kunnen doen.

124 De Commissie bestrijdt deze argumentatie.

— Beoordeling door het Gerecht

125 Het is vaste rechtspraak dat in het kader van een beroep tot nietigverklaring de rechtmatigheid van een gemeenschapshandeling moet worden beoordeeld aan de hand van de informatie die ten tijde van de vaststelling van de handeling bekend was. In het bijzonder mogen de door de Commissie verrichte ingewikkelde beoordelingen enkel worden beoordeeld aan de hand van de informatie waarover de Commissie beschikte op het ogenblik waarop zij die beoordelingen heeft verricht (zie arrest Gerecht van 23 november 2006, Ter Lembeek/Commissie, T-217/02, Jurispr. blz. II-4483, punt 82, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

126 Derhalve kan de Commissie niet worden verweten geen rekening te hebben gehouden met informatie die haar tijdens de administratieve procedure had kunnen, maar niet is meegedeeld, aangezien zij niet verplicht is ambtshalve in te schatten welke informatie haar had kunnen worden voorgelegd (arrest Ter Lembeek/Commissie, aangehaald in punt 125 supra, punt 83).

127 Gelet op de bewoordingen van punt 79 van de inleidingsbeschikking en punt 153 van de bestreden beschikking alsook de voetnoot bij dit laatste punt dient te worden geoordeeld dat de Commissie terecht aanvoert dat zij, bij het ontbreken van inlichtingen van de zijde van de Franse autoriteiten en belanghebbenden over eventuele kosten van de openbaredienstaken, deze kosten niet kon en evenmin hoefde te onderzoeken en dat zij ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking geen rekening kon houden met feiten die haar eerst in het kader van het onderhavige beroep zijn meegedeeld.

128 De door EDF aangevoerde schending van de rechten van de verdediging dient te worden afgewezen, aangezien de Franse Republiek en EDF tijdens de administratieve procedure gevraagd was over dit punt informatie te verstrekken, doch zij het niet nodig hebben geacht hieraan gevolg te geven. EDF kan derhalve in het kader van haar beroep voor het Gerecht niet stellen dat zij niet in staat is geweest de noodzaak in te schatten om argumenten ter zake aan te voeren, en dat haar rechten van verdediging worden geschonden indien die argumenten thans niet op dit punt zouden worden onderzocht.

129 Eventuele verschillen in beoordeling tussen de inleidingsbeschikking en de bestreden beschikking kunnen aan dit oordeel niet afdoen, aangezien de Commissie in de inleidingsbeschikking heeft aangegeven dat de behandeling van de boekhoudkundige reserves voor de vernieuwing van het RAG een nieuwe steunmaatregel kon zijn. Het was bijgevolg aan de Franse Republiek en EDF om de conclusies te trekken die een dergelijke opvatting procedureel voor hen kon hebben, en dienstige gegevens te verstrekken ter verdediging van hun standpunt, hetgeen zij niet hebben gedaan.

130 Wat het argument betreft dat de Commissie deze kwestie niettemin in punt 79 van de inleidingsbeschikking zou hebben behandeld, maar daarbij alleen zou hebben opgemerkt dat de „onderzochte steunmaatregelen […] EDF een operationeel voordeel […] hebben verschaft, dat in dit stadium de kosten van welke openbaredienstaak dan ook lijkt te overstijgen", dient de zin waarvan EDF een gedeelte heeft aangehaald, in zijn context te worden gelezen:

„ Een deel van de activiteiten van EDF is de verrichting van openbare diensten. De Franse autoriteiten hebben zich weliswaar tot op heden in dit verband niet op de toepassing van artikel 86, lid 2, [EG] beroepen, doch wel benadrukt dat EDF openbaredienstaken heeft. Zij hebben echter geen schatting gegeven van de kosten die die taken voor EDF meebrengen. Derhalve is het niet mogelijk na te gaan of de verschillende door EDF genoten overheidssteun in overeenstemming is met de kosten van de openbaredienstaken. In elk geval lijkt het erop dat de in casu onderzochte maatregelen, die hoofdzakelijk de vorm hebben van uitzonderlijke afwijkingen van de normaal op boekhoudkundig en handelsgebied geldende regels, EDF een operationeel voordeel hebben verschaft, dat in dit stadium de kosten van welke openbaredienstaak dan ook lijkt te overstijgen. EDF heeft sedert lange tijd geen kapitaalinjecties ontvangen. De onderzochte steunmaatregelen hebben de facto bijgedragen tot de financiering van een agressieve expansie van EDF door de verwerving van participaties in het buitenland.

Het daarvoor aanwenden van deze fondsen lijkt verder te gaan dan hetgeen als toelaatbare openbaredienstaak kan worden beschouwd."

131 Het ging dus slechts om een voorlopig oordeel en om een verzoek aan de Franse Republiek en EDF de noodzakelijke gegevens te verstrekken om dit eerste standpunt eventueel te ontkrachten. Verzoekster kan hieraan derhalve geen argument ontlenen.

132 Evenmin kan de Commissie worden verweten dat punt 79 van de inleidingsbeschikking betrekking heeft op alle door haar onderzochte steunmaatregelen en niet alleen op de steun die zij uiteindelijk onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaarde en waarvan zij in de artikelen 3 en 4 van de bestreden beschikking terugvordering gelastte, te weten de litigieuze maatregel.

133 Het eerste onderdeel van het tweede middel moet derhalve worden afgewezen.

Het tweede onderdeel: geen ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten

— Argumenten van partijen

134 EDF betoogt dat de litigieuze maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig heeft beïnvloedt in de zin van artikel 87, lid 1, EG, aangezien enerzijds het begrip „handelsverkeer" in het licht van de communautaire rechtspraak moet worden uitgelegd als „synoniem" met het begrip „concurrentie", en anderzijds het handelsver-

keer tussen de nationale historische producenten die in die tijd in hun respectievelijke landen een monopoliepositie hadden, niet met een concurrentiesituatie vergeleken kan worden.

135 EDF stelt dat het Gerecht duidelijk de begrippen „handelsverkeer tussen de lidstaten" en „concurrentie" aan elkaar heeft gekoppeld; dienaangaande heeft het Gerecht immers geoordeeld dat bij staatssteun de voorwaarden van beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten en concurrentievervalsing in de regel onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden (arresten Gerecht van 15 juni 2000, Alzetta e.a./Commissie, 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 en T-23/98, Jurispr. blz. II-2319, punt 81, en 4 april 2001, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia/Commissie, T-288/97, Jurispr. blz. II-1169, punt 44).

136 Volgens EDF is deze zienswijze door het Hof bevestigd in zijn arrest van 23 oktober 1997, Commissie/Frankrijk (C-159/94, Jurispr. blz. I-5815), waarin het onder afwijzing van het argument van de Commissie dat de ontwikkeling van het handelsverkeer in het belang van de Gemeenschap bevorderd zou worden als gevolg van de afschaffing van de exclusieve invoer- en uitvoerrechten van EDF en Gaz de France (GDF), van oordeel was dat de Commissie vooraf het belang van de Gemeenschap moest definiëren waaraan de ontwikkeling van het handelsverkeer moest worden getoetst. Het Hof heeft derhalve volgens EDF duidelijk de begrippen „concurrentievervalsing" en „handelsverkeer tussen de lidstaten" aan elkaar gekoppeld.

137 Volgens EDF gaat de Commissie in de bestreden beschikking weliswaar uitgebreid in op het handelsverkeer zoals zich dit heeft ontwikkeld tussen de elektriciteitsexploitanten, waarvan de meesten vóór de liberalisatie van die sector een monopolie in de lidstaten bezaten, doch was er vóór die liberalisatie, die eerst met de omzetting van richtlijn 96/92 geleidelijk aan is ingezet, duidelijk geenszins sprake van een „echte concurrentiesituatie".

138 Waar het meer in het bijzonder gaat om Frankrijk in die betrokken periode (1986-1997), stelt EDF dat de elektriciteitssector duidelijk niet was opengesteld voor mededinging. Hoewel verschillende richtlijnen in die periode zijn vastgesteld [richtlijn

90/547/EEG van de Raad van 29 oktober 1990 betreffende de doorvoer van elektriciteit via de hoofdnetten (PB L 313, blz. 30), en richtlijn 96/92], heeft de omzetting van deze richtlijnen in diverse lidstaten lang geduurd „wegens de ingewikkelde uitgangssituatie en de verschillen in de elektriciteitsvoorzieningsstructuur binnen de Gemeenschap", zoals K. Van Miert, het in die tijd met de portefeuille mededinging belaste lid van de Commissie, heeft te kennen gegeven.

139 Volgens EDF kan derhalve niet worden gesteld dat er gedurende de jaren 1987-1996 in Frankrijk of in bijna alle Europese landen sprake was van een „echte concurrentiesituatie".

140 EDF merkt op dit punt op dat een groot aantal van de voorbeelden die de Commissie in de bestreden beschikking geeft ter onderbouwing van de conclusie dat er sprake was van een handelsverkeer tussen de lidstaten dat de mededinging beïnvloedde, betrekking hebben op de periode na 1997: dat is met name het geval wat betreft de verwerving van een derde van het kapitaal van de Duitse onderneming EnBW Energie Baden-Württemberg AG en van de productie- en distributiecapaciteit van London Electricity, de overname van de zeggenschap in de onderneming Fenice, het aangaan van een samenwerkingsverband met Fiat voor de aankoop van Montedison en een samenwerkingsverband met Véolia Environnement via de vennootschap Dalkia.

141 Kortom, EDF is van mening dat, hoewel zij tussen 1987 en 1996 handel dreef met de andere Europese nationale producenten, die grotendeels waren gebonden aan langlopende overeenkomsten en daarom veelal geen productie-investeringen behoefden te doen, dit handelsverkeer de mededinging intracommunautair geenszins ongunstig heeft beïnvloed aangezien de overgrote meerderheid van de „tegenhangers" van EDF een monopolie in hun respectievelijke landen bezat.

142 De Commissie bestrijdt deze argumentatie.

— Beoordeling door het Gerecht

143 Artikel 87, lid 1, EG verbiedt steunmaatregelen die het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden en de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen.

144 Om een nationale maatregel als staatssteun te kunnen kwalificeren, behoeft niet te worden vastgesteld of de steun de handel tussen lidstaten werkelijk beïnvloedt en de mededinging daadwerkelijk vervalst, maar behoeft enkel te worden onderzocht of de steunmaatregelen dat handelsverkeer ongunstig kunnen beïnvloeden en de mededinging kunnen vervalsen (zie arrest Hof van 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a., C-222/04, Jurispr. blz. I-289, punt 140, en daar aangehaalde rechtspraak).

145 Indien de Commissie op juiste wijze heeft uiteengezet waarom de litigieuze steunmaatregelen die gevolgen konden hebben, behoeft zij bovendien geen economische analyse van de reële situatie op de betrokken markt, het marktaandeel van de ondernemingen die de steun hebben genoten, de positie van de concurrerende ondernemingen en het handelsverkeer in de betrokken diensten tussen de lidstaten te geven (zie in die zin arresten Gerecht van 29 september 2000, CETM/Commissie, T-55/99, Jurispr. blz. II-3207, punt 102, en 6 september 2006, Italië en Wam/Commissie, T-304/04 en T-316/04, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 64).

146 Wanneer steun van een lidstaat de positie van een onderneming ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer versterkt, moet dit handelsverkeer worden geacht door de steun te worden beïnvloed (zie arrest Cassa di Risparmio di Firenze e.a., aangehaald in punt 144 supra, punt 141, en daar aangehaalde rechtspraak).

147 Wat dit aangaat, kan de omstandigheid dat een sector van de economie op gemeenschapsniveau is geliberaliseerd, een werkelijke of potentiële weerslag van de

steun op de mededinging alsmede het effect daarvan op het handelsverkeer tussen de lidstaten aan het licht brengen (zie arrest Cassa di Risparmio di Firenze e.a., aangehaald in punt 144 supra, punt 142, en daar aangehaalde rechtspraak).

148 Het is trouwens niet noodzakelijk dat de begunstigde onderneming zelf aan het intracommunautaire handelsverkeer deelneemt. Immers, wanneer een lidstaat steun toekent aan een onderneming, kan de binnenlandse activiteit in stand blijven of stijgen, met als gevolg dat de kansen van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen om in die lidstaat op de markt te komen, afnemen. Bovendien kan de versterking van een onderneming die voordien niet deelnam aan het intracommunautaire handelsverkeer, haar in een situatie brengen waardoor zij de markt van een andere lidstaat kan betreden (zie arrest Cassa di Risparmio di Firenze e.a., aangehaald in punt 144 supra, punt 143, en daar aangehaalde rechtspraak).

149 In casu heeft de Commissie in de punten 104-112 en 114 en 115 van de bestreden beschikking vastgesteld dat er zelfs los van de richtlijnen die de sector van de elektriciteit beogen te liberaliseren, sprake was van een zekere mededinging in die sector, althans op bepaalde markten, onder meer op de markten waarop EDF in de betrokken periode actief was, en in bepaalde lidstaten op andere markten die nog niet geheel voor de mededinging waren opengesteld.

150 Deze feiten worden door EDF niet betwist.

151 Evenmin heeft EDF betwist dat zij elektriciteit heeft uitgevoerd naar andere lidstaten waar de markt reeds was opengesteld.

152 Of de Franse interne markt, of althans een deel ervan, niet voor mededinging was opengesteld, is derhalve irrelevant, al aangenomen dat dit was aangetoond.

153 Bijgevolg kan de Commissie niet worden verweten dat zij niet duidelijker heeft aangegeven dat de litigieuze maatregel het intracommunautaire handelsverkeer kan hebben beïnvloed.

154 Bijgevolg kan de argumentatie van EDF op dit punt niet slagen.

155 Het tweede onderdeel van het tweede middel moet derhalve worden afgewezen.

Het derde onderdeel van het tweede middel: ten eerste de kwalificatie van de betrokken maatregelen als kapitaalinjectie, en ten tweede het gedrag van de Staat als een verstandig investeerder in een markteconomie in het kader van de toepassing van deze maatregelen.

— Argumenten van partijen

156 De Staat was, zo brengt EDF in herinnering, in 1997 haar enige aandeelhouder. In die tijd was EDF „zwaar ondergefinancierd" en haar balans „duidelijk onevenwichtig". Haar eigen kapitaal beliep 24,2 miljard FRF en haar schulden uit leningen beliepen 131,9 miljard FRF (dat wil zeggen een verhouding netto schuld/eigen kapitaal van 480 %) bij een nettoactief van 696,4 miljard FRF.

157 EDF betoogt dat de Staat bijgevolg het eigen kapitaal van de overheidsonderneming wilde versterken en het tussen hem en EDF bestaande financiële evenwicht wijzigen om EDF's situatie meer in overeenstemming te brengen met die van haar grote concurrenten in de Europese elektriciteitssector en het haar mogelijk te maken zich voor te bereiden op de „ingrijpende verandering van haar economisch en regelgevend kader". De Staat zou aldus als een verstandige particuliere investeerder hebben

gehandeld, waarbij dit begrip in de ogen van EDF uitgelegd moet worden in het licht van de zeer bijzondere kenmerken van de economische sector waarin de onderneming actief is.

158 In die context was volgens EDF in 1997 besloten de vermogensrechtelijke status van het RAG op te helderen door de „onduidelijkheden" die het RAG kenmerkten weg te nemen, en bij diezelfde gelegenheid een einde te maken aan de bijzondere, door de Franse Cour des comptes bekritiseerde wijze waarop het RAG boekhoudkundig werd behandeld, en tegelijkertijd de balans van EDF te herstructureren.

159 Deze dubbele doelstelling van opheldering van de vermogensrechtelijke status van het RAG met de daaruit voortvloeiende boekhoudkundige gevolgen, en herstructurering van de balans van EDF stond in de ondernemingsovereenkomst van 8 april 1997 (zie punt 31 hierboven) en was „zonder de minste dubbelzinnigheid" in de voorbereidende stukken voor wet nr. 97-1026 aangegeven.

160 EDF, ondersteund door de Franse Republiek, voert in wezen aan dat de uit wet nr. 97-1026 voortvloeiende herindeling van de rechten van de concessiegever een kapitaalinjectie is. Deze zienswijze is door de Franse Republiek gedurende de gehele administratieve procedure gehandhaafd. De Commissie heeft deze argumentatie echter zonder nader onderzoek afgewezen om de twee in de punten 96 en 97 van de bestreden beschikking genoemde redenen.

161 Volgens EDF geeft de Commissie aldus blijk van een „kennelijk onbegrip" van de economische aard van de herkapitalisatieoperatie. Hierdoor zou zij het begrip „staatssteun" hebben miskend en artikel 87 EG hebben geschonden.

162 EDF voert in wezen aan dat de herkapitalisatieoperatie — door de rechtstreekse overboeking van de rechten van de concessiegever van de passiefpost „tegenwaarde van de geconcessioneerde goederen" naar de passiefpost „kapitaalinjecties" voor een bedrag van 14,119 miljard FRF op 31 december 1996 — economisch en fiscaal gezien „neutraal" en op de „in casu meest natuurlijke wijze" is uitgevoerd, dat wil zeggen door

middel van een wet, waarbij uit effectiviteitoverwegingen gebruik werd gemaakt van dezelfde wet als die welke noodzakelijk was geweest om EDF als eigenares van het RAG te kunnen beschouwen.

163 EDF benadrukt dat deze boekhoudkundige aanpassingen, juist wegens de aard ervan, bij wet moesten geschieden. De kapitaalinjectie ter hoogte van de tegenwaarde van de in concessie gegeven goederen in natura was namelijk een zaak van de wetgever, omdat het kapitaal van EDF was vastgesteld bij artikel 16 van wet nr. 46-628, dat bepaalt dat het kapitaal „aan de staat toebehoort", „onvervreemdbaar is" en „bij exploitatieverlies opnieuw moet worden gevormd uit de resultaten van de latere boekjaren". Ingevolge artikel 1 van decreet nr. 56-493 van 14 mei 1956 betreffende de aan EDF en GDF verstrekte kapitaalinjecties (JORF van 19 mei 1956, blz. 4613) waren deze kapitaalinjecties aan dezelfde regels onderworpen als die vastgesteld bij artikel 16 van wet nr. 46-628.

164 EDF, ondersteund door de Franse Republiek, stelt — overeenkomstig hun antwoorden op de schriftelijke vragen van het Gerecht — dat de Staat tussen twee oplossingen kon kiezen (het door EDF zogenoemde „korte plan" en „lange plan"), die uiteindelijk volkomen gelijkwaardige resultaten opleverden: namelijk of een aanvullende kapitaalinjectie geven door bij wet direct een deel van de onbelaste reserves voor de vernieuwing van het RAG te herbestemmen, of eerst het kapitaal van EDF te verhogen met een nettobedrag na vennootschapsbelasting, vervolgens van EDF belasting te heffen over de wijziging van het nettoactief en haar een aanvullende kapitaalinjectie te geven voor een bedrag gelijk aan de betaalde belasting.

165 Volgens EDF heeft de Staat gemeend dat de eerste oplossing „economisch logisch en financieel even neutraal" was als de tweede en dat deze aanpak bovendien de goedkeuring van de Franse rekenkamer had.

166 Uit de argumentatie van de Commissie zou duidelijk blijken dat, als de Staat voor de kapitaalinjectie de tweede oplossing zou hebben aangewend, de Commissie het criterium van de verstandige particuliere investeerder had toegepast. Dit toont volgens EDF aan dat alleen de keuze van het door de Staat gebruikte middel om de kapitaalverhoging te realiseren, voor de Commissie aanleiding is geweest om de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder principieel af te wijzen.

167 Uit punt 96 van de bestreden beschikking en de memories van de Commissie blijkt namelijk, zo stelt EDF, dat de keuze van de methode die voor de kapitaalverhoging is gebruikt, door de Commissie wordt bekritiseerd. Een dergelijke argumentatie zou echter „puur formalistisch en volstrekt irrelevant" zijn.

168 Volgens EDF betekent de verklaring in de bestreden beschikking, dat de Commissie „deze argumenten (betreffende de herkapitalisatie) van de hand wijst" omdat het criterium van de particuliere investeerder „slechts een rol mag spelen tijdens de uitoefening van economische activiteiten en niet tijdens de uitoefening van regulerende bevoegdheden", enerzijds een inmenging in de procedures van nationaal recht, waar het gemeenschapsrecht buiten staat, en geeft anderzijds blijk van een formalisme dat het mededingingsrecht vreemd is.

169 EDF erkent dat de Staat voor de kapitaalverhoging stellig een methode heeft gebruikt waarover vennootschappen naar burgerlijk recht niet beschikken, namelijk de herindeling van de rechten van de concessiegever bij wet. Hij zou echter niet hebben gehandeld in het kader van de uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden of van zijn voorrechten als openbaar gezag.

170 In de eerste plaats zou de tegenovergestelde zienswijze geen rekening houden met het feit dat het statuut en de vaststelling van het kapitaal van EDF zelf wettelijk zijn geregeld.

171 EDF geeft in wezen aan dat, gelet op de bijzondere aard van de onderneming, de Staat verplicht is om deze operatie bij wet te laten geschieden. Wanneer een wet nodig was om EDF vanaf het begin als eigenaar van het RAG te beschouwen, valt volgens haar niet in te zien waarom de wetgever de in de ondernemingsovereenkomst van 8 april 1997 beschreven „logica" (zie punt 31 hierboven) niet „had mogen doortrekken" door de balans van de onderneming te herstructureren door wijziging van artikel 16 van wet nr. 46-628.

172 In de tweede plaats betoogt EDF in wezen dat de Staat, door aldus te handelen, zich in werkelijkheid heeft gedragen als „een verstandig aandeelhouder" van de onderneming onder normale marktvoorwaarden, die noodzakelijkerwijs moeten worden beoordeeld aan de hand van de beschikbare objectieve en controleerbare omstandigheden (arrest Hof van 3 juli 2003, Chronopost e.a./Ufex e.a., C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P, Jurispr. blz. I-6993, punt 38).

173 In de derde plaats stelt EDF dat de Commissie, door de Franse Staat bij voorbaat het recht te ontzeggen een overheidsonderneming te herkapitaliseren op de wijze die hij het meest passend acht, bovendien blijk geeft van een rechtsopvatting die in strijd is met artikel 295 EG, waarin „de neutraliteit van het gemeenschapsrecht ten aanzien van het eigendomsrecht in de lidstaten" is neergelegd.

174 In de vierde plaats meent EDF dat, al aangenomen dat een andere methode gekozen had kunnen worden, niets het overdreven formalisme van de Commissie kan rechtvaardigen, die het argument betreffende de herkapitalisatie zelfs zonder nadere bespreking heeft afgewezen om de enkele reden dat de methode waarop zij is uitgevoerd, de overheidsmaatregel „principieel" tot staatssteun maakt. Volgens EDF is evenwel in de kern van de communautaire rechtspraak verankerd, dat de vorm van een maatregel niet van belang is voor de eventuele kwalificatie ervan als staatssteun.

175 EDF betoogt in wezen dat de rechtspraak voor de kwalificatie van een maatregel als staatssteun, geen enkel belang hecht aan de vorm die deze maatregel aanneemt of aan de overheidsinstantie die de maatregel neemt, aangezien deze overwegingen geen rol spelen voor de toetsing volgens artikel 87, lid 1, EG.

176 EDF stelt verder dat de Commissie zelf van mening is dat zij bij de analyse van de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt „niet af[gaat] op hun vorm maar op hun gevolgen" [punt 7 van de mededeling van de Commissie over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen (PB 1998, C 384, blz. 3)]. Daarom had de Commissie het argument dat de maatregel een herkapitalisatieoperatie betrof, niet zonder nader onderzoek enkel op basis van een puur formele grond, namelijk de voor deze herkapitalisatie gebruikte methode, mogen afwijzen.

177 Indien de vorm waarin een maatregel wordt uitgevoerd niet van belang is voor de kwalificatie ervan als staatssteun, kan deze vorm volgens EDF niet meer door de Commissie als argument worden ingeroepen — en zeker niet als dit het enige argument is — om de stelling af te wijzen waarmee die kwalificatie als staatssteun wordt aangevochten.

178 In de vijfde plaats heeft de Commissie reeds in talloze zaken beslist dat een kapitaalinbreng in verschillende vormen kan geschieden: de inschrijving op bedrijfsobligaties [beschikking 94/662/EG van de Commissie van 27 juli 1994 betreffende de inschrijving door CDC-Participations op obligaties van Air France (PB L 258, blz. 26)], de afschrijving van een schuld [beschikking 89/58/EEG van de Commissie van 13 juli 1988 inzake steunverlening door de Britse regering aan de Rover Group, een onderneming die motorvoertuigen fabriceert (PB 1989, L 25, blz. 92)], de conversie van leningen in aandelenkapitaal [beschikking 90/224/EEG van de Commissie van 24 mei 1989 inzake steunverlening door de Italiaanse regering aan Aluminia en Comsal, twee staatsondernemingen in de aluminiumindustrie (PB 1990, L 118, blz. 42)], de omzetting van schulden in een deelneming, beschouwd als gelijkwaardig aan een kapitaalinjectie tot hetzelfde bedrag [beschikking 94/696/EG van de Commissie van 7 oktober 1994 betreffende de steun die de Griekse Staat aan de luchtvaartmaatschappij Olympic Airways heeft verleend (PB L 273, blz. 22)], de „schrapping" van voorzieningen voor toekomstige pensioenuitgaven en de omvorming hiervan tot een herwaarderingsreserve [beschikking C (2003) 2508 (zie punt 120 hierboven)].

179 Bovendien heeft de Commissie volgens EDF het criterium van de particuliere investeerder in een markteconomie reeds toegepast op een bij wet ingevoerde maatregel, derhalve op een maatregel voortvloeiend uit de uitoefening van overheids-

prerogatieven, zoals in de zaak Siciliana Acque Minerali [beschikking 2000/648/EG van de Commissie van 21 juni 2000 betreffende overheidssteun van Italië ten behoeve van Siciliana Acque Minerali Srl (PB L 272, blz. 36)].

180 Kortom, wat dit punt betreft, kan het feit dat een kapitaalinjectie bij wet is doorgevoerd, niet eraan in de weg staan dat het criterium van de particuliere investeerder op deze maatregel wordt toegepast.

181 Volgens EDF was de Commissie derhalve verplicht geweest te onderzoeken of de maatregelen krachtens wet nr. 97-1026 waren vastgesteld, „een wat modaliteiten en bedrag betreft rechtmatige kapitaalverhoging vormen", zoals de Franse Staat heeft gesteld.

182 Verder moet volgens het Hof voor de beoordeling of een overheidsmaatregel steun is, worden bepaald of de begunstigde onderneming een economisch voordeel verkrijgt dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen (arrest Chronopost e.a./Ufex e.a., aangehaald in punt 172 supra, punt 38).

183 Volgens EDF staat het begrip „normale marktvoorwaarden" ook centraal bij de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling op maatregelen waarvan een overheidsonderneming profijt trekt. Uit het beginsel van gelijke behandeling van de openbare en de particuliere sector zou immers volgen dat kapitaal dat de staat onder met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden, al dan niet rechtstreeks ter beschikking van een onderneming stelt, niet als staatssteun kan worden aangemerkt (arrest Hof van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie, C-482/99, Jurispr. blz. I-4397, punt 69).

184 Indien de zienswijze van de Commissie werd aanvaard, zou EDF echter geen beroep kunnen doen op deze rechtspraak, aangezien de omstandigheden waaronder de maatregel is getroffen, niet overeenkwamen met normale marktvoorwaarden om de enkele reden dat het gebruik van de fiscale bevoegdheid door de Staat buiten het bestek

van het commune recht valt. EDF voert echter aan dat zij weliswaar niet ontkent dat het door de Staat gebruikte middel afweek van het commune recht, doch dat het bij de kwalificatie als steunmaatregel niet alleen om dit zuiver formele aspect kan gaan en aldus een inhoudelijke discussie wordt vermeden.

185 EDF meent verder dat het arrest van het Hof van 28 januari 2003, Duitsland/Commissie (C-334/99, Jurispr. blz. I-1139), dat door de Commissie in haar memories wordt aangehaald en volgens hetwelk onderscheid moet worden gemaakt tussen de verplichtingen van de staat als aandeelhouder van een vennootschap en zijn verplichtingen als overheid, in feite haar zienswijze ondersteunt, aangezien hierin wordt vooropgesteld dat het gedrag van de staat die als investeerder optreedt, moet worden vergeleken met dat van een particuliere investeerder onder normale marktvoorwaarden. In de bestreden beschikking zou de Commissie echter vanaf het begin hebben geweigerd om dat te onderzoeken, hetgeen in strijd zou zijn met het neutraliteitsbeginsel.

186 Als reactie op het betoog van de Commissie dat het slechts om een „fiscale gift" of een „afstand van een schuldvordering" zou gaan waarvan EDF profijt had getrokken, stelt EDF dat ook een particuliere aandeelhouder het kapitaal van een dochter kan verhogen door een schuldvordering in kapitaal om te zetten, een werkwijze die economisch gezien in wezen volstrekt vergelijkbaar is met de door de Commissie bekritiseerde „afstand".

187 Volgens verzoekster kan een moedervennootschap die een schuldvordering op haar dochter heeft, van die vordering afzien en aldus een winst voor de dochteronderneming genereren, die in beginsel bij de dochter belast is voor zover er geen fiscale verliezen in aftrek kunnen worden gebracht. Na de belastingheffing zou de dochteronderneming dit bedrag naar haar keuze kunnen bestemmen voor de uitbetaling van dividend of het aanleggen van reserves, etc. De moedervennootschap zou evenwel ook kunnen besluiten het kapitaal van de dochter te verhogen met het bedrag van haar schuldvordering. Volgens EDF, ondersteund door de Franse Republiek, ontstaat bij deze laatste werkwijze naar Frans recht geen belaste winst bij de dochter.

188 Volgens EDF onderscheidt deze werkwijze zich weliswaar van de litigieuze herkapitalisatieoperatie door het gebruikte middel, doch dat neemt niet weg dat hetgeen de Staat in casu heeft gedaan economisch gelijkstaat aan een verhoging van het kapitaal door de inbreng van een schuldvordering. Deze werkwijze staat echter ook ter beschikking van een particuliere onderneming.

189 Bijgevolg kan de Commissie, om te bepalen of er sprake is van „normale marktvoorwaarden", zich niet kunstmatig beperken tot een enkel formeel onderzoek van het gebruikte middel, maar moet zij de zaak inhoudelijk onderzoeken, namelijk of de operatie economisch rationeel is, en wel in de context van dat moment, waarbij de Commissie haar beoordeling niet op een latere situatie mag baseren.

190 Het Hof heeft in zijn arrest Chronopost e.a./Ufex e.a., (aangehaald in punt 172 supra, punt 38) geoordeeld dat het volstrekt onmogelijk is de situatie van De Post te vergelijken met die van een particuliere groep ondernemingen die niet in een gereserveerde sector werkzaam is, zodat de „normale marktvoorwaarden", die noodzakelijkerwijs hypothetisch zijn, moeten worden beoordeeld aan de hand van de beschikbare objectieve en controleerbare factoren.

191 EDF stelt dat het in de zaak die aanleiding was tot het arrest Chronopost e.a./Ufex e.a. (aangehaald in punt 172 supra), ging om de vergelijking van kosten, terwijl het in casu gaat om de vergelijking van marktvoorwaarden waaronder een kapitaalverhoging plaatsvindt. De normale marktvoorwaarden zouden echter volgens diezelfde uitspraak in het arrest Chronopost e.a./Ufex e.a. moeten worden beoordeeld aan de hand van de beschikbare objectieve en controleerbare factoren. Bijgevolg kan de Commissie volgens EDF, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting en het begrip „staatssteun" te vervormen, zich niet aan dit onderzoek „onttrekken" onder het puur formele voorwendsel van de methode die de staat voor deze kapitaalverhoging heeft gebruikt.

192 Ten slotte was, zo betoogt EDF in wezen, aan het criterium van de particuliere investeerder voldaan, indien de Commissie dit zou hebben toegepast.

193 Ter ondersteuning van haar argumentatie op dit punt, zoals uitgewerkt in haar verzoekschrift en in repliek, heeft EDF bij de indiening van haar opmerkingen op de memorie in interventie van de Franse Republiek het „Oxera-rapport" overgelegd, dat het Gerecht aanvullende onderzoeksgegevens zou verschaffen ter bevestiging dat aan het criterium van particuliere investeerder was voldaan, indien de Commissie dit zou hebben toegepast.

194 De Commissie blijft erbij dat in casu het criterium van de particuliere investeerder niet kan worden toegepast.

195 Bij de vaststelling van de bepalingen van wet nr. 97-1026 heeft de Staat volgens de Commissie gehandeld als regelgever, teneinde EDF vrij te stellen van de betaling van een gedeelte van de verschuldigde belasting. De Staat zou niet als aandeelhouder van EDF hebben gehandeld, die op middellange of lange termijn winst tracht te verkrijgen uit de onderneming.

196 Indien de Commissie de door EDF bepleite logica zou volgen, zou zij de staat als belastingautoriteit toestaan om ongehinderd alle vormen van „discriminatie" toe te passen door middel van de belastinginstrumenten waarover hij — in tegenstelling tot particuliere investeerders — beschikt. De laatstgenoemden kunnen immers slechts kapitaal voor investeringen vrijmaken nadat zij aan hun fiscale verplichtingen hebben voldaan.

197 Indien de staat de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder mag inroepen wanneer hij als regelgever met gebruikmaking van zijn fiscale bevoegdheid handelt, ontstaat volgens de Commissie een „gevaarlijke situatie", want de staat zou dan ook kunnen eisen dat alle fiscale vrijstellingen die aan economisch gezonde overheidsondernemingen worden verleend, aan de staatssteunregels moeten „ontsnappen" wanneer zij aan het criterium van de particuliere investeerder voldoen. Dit zou het begin zijn van een „discriminatie van ondernemingen die niet het geluk hebben om de staat als aandeelhouder en/of investeerder te hebben".

198 De redenering van EDF is derhalve in strijd met artikel 87 EG, want hierdoor zou deze bepaling ieder nuttig effect verliezen, zoals opgemerkt in overweging 97 van de bestreden beschikking.

199 Aan de gehele argumentatie van verzoekster ligt de onjuiste premisse ten grondslag, dat het criterium van de particuliere investeerder van toepassing is op de gehele operatie, dat wil zeggen niet alleen op de vermeende kapitaalinjectie, maar ook op de daaraan voorafgaande fase, toen de Staat als belastingautoriteit heeft besloten tot de „fiscale vrijstelling" die de litigieuze maatregel vormt.

200 Indien het gedrag van de Franse Staat zou moeten worden vergeleken met dat van een particuliere investeerder, had over de door EDF onrechtmatig aangelegde reserves ter zake van de rechten van de concessiegever echter eerst vennootschapsbelasting moeten worden geheven, voordat ze aan het kapitaal van EDF werden toegevoegd. Alleen die belastingheffing over de reserves had de Franse Staat „op voet van gelijkheid" met een particuliere investeerder kunnen brengen en het de Commissie mogelijk gemaakt om de vergelijking van het gedrag van de Staat met dat van een particuliere investeerder in overweging te nemen. Aangezien die premisse ontbreekt, heeft de Commissie die vergelijking niet kunnen maken.

201 Indien de Franse Staat namelijk „op voet van gelijkheid" met een particuliere investeerder wordt gesteld, kan niet worden ontkend dat de „fiscale gift" van de „‚regelgevende' staat" niet hetzelfde bedrag kost als een investering van de „‚investerende' staat". Om in het eerste geval een onderneming een voordeel van 100 EUR te verstrekken, behoeft de staat enkel maar dat bedrag aan belasting niet te heffen. Wil daarentegen een particuliere investeerder een onderneming datzelfde bedrag verstrekken, moet dit bedrag, opdat de onderneming er vrij over kan beschikken, met name worden vermeerderd met de hierover verschuldigde belasting. Zo had in casu over dit bedrag van 100 EUR vennootschapsbelasting tegen een tarief van 41,66 % moeten worden geheven. Voor een inbreng van 100 EUR had een particuliere investeerder derhalve in werkelijkheid 141,66 EUR moeten vrijmaken.

202 In dit verband liggen, zo stelt de Commissie, de door EDF gegeven voorbeelden over de afschrijving van vorderingen van een moedervennootschap op haar dochter niet binnen het kader van de overheidsbevoegdheden, maar hebben betrekking op instrumenten die door een particuliere investeerder op de markt kunnen worden gebruikt: het gaat namelijk om schuldvorderingen van privaatrechtelijke en niet van fiscale aard, dus niet om een louter formeel onderscheid, aangezien de kosten voor de staat noodzakelijkerwijs minder hoog zijn dan voor de particuliere investeerder.

203 Krachtens het beginsel van neutraliteit ten opzichte van de regeling van het eigendomsrecht van ondernemingen, vervat in artikel 295 EG, mag het optreden van de Commissie de overheid immers geen voor- of nadeel brengen wanneer zij kapitaal inbrengt in ondernemingen. Volgens de Commissie heeft zij, noch, voor zover zij weet, het Hof of het Gerecht ooit erkend dat een staat als aandeelhouder die van zijn bijzondere fiscale bevoegdheid gebruik maakt, gelijk moet worden gesteld aan een particuliere investeerder.

204 Het feit dat „fiscale giften" niet aanvaardbaar zijn, berust niet op enkel formele overwegingen, maar vindt zijn rechtvaardiging in het feit dat een steunmaatregel juridisch de vorm van een directe subsidie alsook van een afstand van een schuldvordering kan hebben. Dat „fiscale giften" bij voorbaat zijn uitgesloten, is enkel een uitvloeisel van de toepassing van het genoemde, door het Hof erkende neutraliteitsbeginsel, dat meebrengt dat „onderscheid [moet] worden gemaakt tussen de verplichtingen die de staat als aandeelhouder van een vennootschap heeft, en de verplichtingen die op hem als overheid kunnen rusten" (arrest Duitsland/Commissie, aangehaald in punt 185 supra, punt 134).

205 In die zaak ging het om de vraag of de „‚investerende' staat" het criterium van de particuliere investeerder kon inroepen om aan de toepassing van artikel 87, lid 1, EG te ontkomen. Daarvoor moest worden aangetoond dat de omstandigheden waaronder de staat handelde, voor een particuliere investeerder als normaal worden beschouwd. Het Hof herinnerde er volgens de Commissie in dit arrest echter aan dat de uitoefening van overheidsbevoegdheden geen normale marktvoorwaarde is.

206 Bovendien was het directoraat-generaal belastingen in een notitie van 9 april 2002 van mening: „de RAG-rechten van de concessiegever vertegenwoordigen een niet-verschuldigd bedrag dat ten onrechte onbelast is gebleven, omdat dit is toegevoegd aan het kapitaal". Bijgevolg gaat het duidelijk om een „fiscale gift" en niet om een investering.

207 In tegenstelling tot hetgeen EDF stelt, heeft de litigieuze operatie niets te maken met de afstand van een schuldvordering door omzetting ervan in kapitaal, en poogt EDF ten onrechte de discussie te reduceren tot de stelling dat de Commissie zich op zuiver formeel standpunt stelt zonder te onderzoeken of de operatie economisch rationeel is.

208 De gedachte die aan de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder ten grondslag ligt, is immers het vermijden van iedere „discriminatie" tussen publieke en particuliere ondernemingen met het oog op een correcte toepassing van de steunbepalingen van het EG-Verdrag inzake staatssteun. De Commissie benadrukt verder dat volgens vaste rechtspraak „het criterium van de onder de normale voorwaarden van een markteconomie handelende particuliere investeerder, is afgeleid uit het beginsel van gelijke behandeling van de openbare en de particuliere sector, welk beginsel inhoudt dat wanneer kapitaal onder met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden, al dan niet rechtstreeks, door de staat ter beschikking van een onderneming wordt gesteld, dit niet als staatssteun kan worden aangemerkt" (arrest Frankrijk/Commissie, aangehaald in punt 183 supra, punt 69, en arrest Gerecht van 12 december 2000, Alitalia/Commissie, T-296/97, Jurispr. blz. II-3871, punt 80).

209 Zo kan, hoewel het geen twijfel lijdt dat de staat in het kader van de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder kapitaal ter beschikking van een onderneming mag stellen, deze operatie alleen niet als staatssteun worden aangemerkt indien dit kapitaal ter beschikking is gesteld onder „met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden".

210 Uit deze rechtspraak blijkt volgens de Commissie duidelijk dat het criterium van de particuliere investeerder slechts van toepassing kan zijn in de gevallen waarin de staat handelt onder omstandigheden overeenkomend met normale marktvoorwaarden. Ook volgt hieruit dat de door de staat aangewende middelen deel uitmaken van die omstandigheden, temeer wanneer de aard en de kenmerken van de aangewende middelen niet ter beschikking staan van een onder normale marktvoorwaarden handelende particuliere investeerder.

211 Bovendien heeft een belastingvrijstelling op zich gevolgen die hoe dan ook onlosmakelijk verbonden zijn aan de rol van de staat, die als enige de bevoegdheid heeft tot inning en herverdeling van de belasting. Deze bevoegdheid is „de meest absolute uitdrukking van openbaar gezag" en de uitoefening ervan — heffing of vrijstelling — kent geen equivalent bij de particuliere investeerder.

212 Wat het arrest Chronopost e.a./Ufex e.a. betreft (aangehaald in punt 172 supra), is het volgens de Commissie tegenstrijdig om enerzijds aan te voeren dat zij in casu het criterium van de particuliere investeerder moest toepassen, en anderzijds naar dit arrest te verwijzen waarin het Hof, omdat er geen vergelijking mogelijk was, een oplossing heeft gekozen die volstrekt tegengesteld is aan die van de normale marktvoorwaarden. Immers, alleen de staat kan tegelijkertijd als fiscale autoriteit en als investeerder handelen.

213 Ten slotte betoogt de Commissie, kort gezegd, subsidiair dat indien zij het criterium van de particuliere investeerder zou hebben toegepast, de litigieuze maatregel hoe dan ook hieraan niet had voldaan.

214 In antwoord op de schriftelijke vragen van het Gerecht bevestigt de Commissie in wezen enerzijds haar zienswijze dat zij het criterium van de particuliere investeerder niet behoefde toe te passen, en anderzijds dat het „Oxera-rapport" buiten beschouwing diende te blijven met name omdat EDF dit te laat had ingediend.

215 Overigens heeft de Commissie ter terechtzitting verschillende extra argumenten naar voren gebracht.

216 Om te beginnen stelt zij dat geen enkele particuliere investeerder tegen dezelfde kosten een dergelijk kapitaal had kunnen vrijmaken. Daarom was er in elk geval geen particuliere referentie-investeerder.

217 Vervolgens heeft de Commissie in reactie op de argumenten van EDF en de Franse Republiek dat de kosten van de twee voor de Staat beschikbare opties (zie boven punt 164) gelijk waren, gesteld dat dit niet het geval was bij het „lange plan". Volgens de Commissie had EDF in het „lange plan" immers eerst de verschuldigde belasting betaald en was de beoordeling van haar financiële waarde bij de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder dan anders uitgevallen. Dit „lange plan" had derhalve bij toepassing van het criterium van de particuliere investeerder — waarschijnlijk — andere resultaten opgeleverd.

218 Ten slotte heeft de Commissie ter terechtzitting ook betoogd dat het belastingbedrag eerst aan de Staat had moeten worden overgemaakt — al was dit maar voor korte tijd — alvorens aan EDF te worden terugbetaald, en dat de verschuldigde belasting op de balans van EDF had moeten worden vermeld.

219 De Commissie benadrukt verder dat, aangenomen dat het Gerecht de stelling aanvaardt dat de litigieuze maatregel een investering in de vorm van een kapitaalinjectie was die met toepassing van het criterium van de particuliere investeerder had moeten worden onderzocht, hetgeen zij betwist, het Gerecht de bestreden beschikking nietig zou moeten verklaren wegens een kennelijke beoordelingsfout zonder evenwel te toetsen of het gedrag van de Franse Staat al dan niet aan het criterium voldeed, aangezien deze tweede fase van het onderzoek van de litigieuze maatregel moet plaatsvinden in de door de Commissie te geven beschikking na het arrest waarbij de bestreden beschikking nietig is verklaard. Het Gerecht kan deze kwestie namelijk niet onderzoeken, aangezien de gemeenschapsrechter ter zake niet bevoegd is.

220 Ter terechtzitting heeft Iberdrola, onder verwijzing naar met name de conclusie van advocaat-generaal Léger van 14 januari 2003 in de zaak Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, arrest van het Hof van 24 juli 2003, Jurispr. blz. I-7747, I-7788), betoogd dat het criterium van de verstandige particuliere investeerder in een markteconomie principieel niet kan worden toegepast wanneer een staat steun verleent met gebruikmaking van zijn overheidsprerogatieven. Volgens interveniënte beoogt de toepassing van dit criterium te verzekeren dat publieke en particuliere ondernemingen gelijk worden behandeld. Toepassing van dit criterium op de omzetting van een belastingschuld in kapitaal zou echter tot gevolg hebben dat aan publieke ondernemingen een voordeel wordt verleend, dat particuliere ondernemingen nooit kunnen hebben. Aldus zou de gelijke behandeling worden verstoord ten gunste van uitsluitend publieke ondernemingen, en wel door de vorm van de verleende steun. Volgens interveniënte is dit formele aspect derhalve doorslaggevend en kan in een dergelijk geval het criterium van de particuliere investeerder nooit worden toegepast.

— Beoordeling door het Gerecht

221 Artikel 87 EG strekt ertoe te voorkomen dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed door maatregelen van overheidsinstanties die — in verschillende vormen — de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen. Het begrip „steun" omvat dan ook niet alleen positieve prestaties zoals subsidies, leningen of deelnemingen in het kapitaal van ondernemingen, maar ook maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor — zonder subsidies in de strikte zin van het woord te zijn — van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden (zie arrest Hof van 8 mei 2003, Italië en SIM 2 Multimedia/Commissie, C-328/99 en C-399/00, Jurispr. blz. p. I-4035, punt 35, en aldaar aangehaalde rechtspraak). Bij de beoordeling van een maatregel in het licht van artikel 87 EG moet derhalve rekening worden gehouden met alle relevante aspecten en hun context (arrest Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie, aangehaald in punt 101 supra, punt 270).

222 Volgens de rechtspraak van het Hof kunnen deelnemingen van de overheid in het kapitaal van een onderneming, in welke vorm ook, staatssteun zijn wanneer aan alle voorwaarden van artikel 87, lid 1, EG is voldaan (zie arrest Italië en SIM 2 Multimedia/Commissie, aangehaald in punt 221 supra, punt 36, en aldaar aangehaalde rechtspraak). Dat zal echter niet het geval zijn wanneer, overeenkomstig het beginsel van gelijke

behandeling van de openbare en de particuliere sector, kapitaal onder met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden, al dan niet rechtstreeks, door de staat ter beschikking van een onderneming wordt gesteld (zie arrest Italië en SIM 2 Multimedia/Commissie, aangehaald in punt 221 supra, punt 37, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

223 Het Hof maakt in zijn rechtspraak op het gebied van staatssteun onderscheid tussen twee soorten situaties: die waarin het optreden van de staat een economisch karakter heeft, en die waarin het optreden van de staat onder zijn handelen als overheid valt (zie in die zin arrest Hof van 14 september 1994, Spanje/Commissie, C-278/92–C-280/92, Jurispr. blz. I-4103, punt 22, en arrest Duitsland/Commissie, aangehaald in punt 185 supra, punt 134, en conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg, aangehaald in punt 220 supra, punt 20).

224 Het criterium van de particuliere investeerder is alleen van toepassing op de eerste soort situaties, waartoe de gevallen behoren waarin overheidsinstanties deelnemen in het kapitaal van een onderneming (zie in die zin arrest Hof van 10 juli 1986, België/Commissie, 234/84, Jurispr. blz. 2263, punt 14; arrest Tubemeuse, aangehaald in punt 94 supra, punt 26, en arrest van 21 maart 1991, Italië/Commissie, bekend als het „Alfa Romeo" arrest, C-305/89, Jurispr. blz. I-1603, punt 19), een lening verstrekken aan bepaalde ondernemingen (zie in die zin arrest Hof van 14 februari 1990, Frankrijk/Commissie, bekend als het „Boussac" arrest, C-301/87, Jurispr. blz. I-307, punten 38-41, en arrest Gerecht van 30 april 1998, Cityflyer Express/Commissie, T-16/96, Jurispr. blz. II-757, punten 8 en 51), een staatsgarantie verlenen (zie in die zin arrest Gerecht van 13 juni 2000, EPAC/Commissie, T-204/97 en T-270/97, Jurispr. blz. II-2267, punten 67 en 68), goederen of diensten op de markt verhandelen (zie in die zin arresten Hof van 2 februari 1988, Van der Kooy e.a./Commissie, 67/85, 68/85 et 70/85, Jurispr. blz. 219, punten 28-30; 29 februari 1996, België/Commissie, C-56/93, Jurispr. blz. I-723, punt 10, en 11 juli 1996, SFEI e.a., C-39/94, Jurispr. blz. I-3547, punten 59-62), of faciliteiten verlenen voor de betaling van socialezekerheidsbijdragen (zie in die zin arrest Hof van 29 april 1999, Spanje /Commissie, C-342/96, Jurispr. blz. I-2459, punt 46) of de terugbetaling van loonlasten. Bij dit soort situaties is het criterium van de particuliere investeerder van belang, omdat een met winstoogmerk handelende particuliere marktdeelnemer zich, althans in beginsel, zou kunnen gedragen zoals de staat (zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Léger bij het arrest Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg, aangehaald in punt 220 supra, punten 20 en volgende).

225 Het criterium van de particuliere investeerder is daarentegen niet van belang, wanneer het optreden van de staat geen economisch karakter heeft. Dat is het geval wanneer de overheidsinstanties een onderneming rechtstreeks subsidiëren, een belastingvrijstelling verlenen (zie in die zin arresten Hof van 15 maart 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, Jurispr. blz. I-877, punt 14; 19 mei 1999, Italië/Commissie, C-6/97, Jurispr. blz. I-2981, punt 16, en 19 september 2000, Duitsland/Commissie, C-156/98, Jurispr. blz. I-6857, punten 25-28) of een verlaging van de socialezekerheidsbijdragen (arrest Hof van 17 juni 1999, België/Commissie, C-75/97, Jurispr. blz. I-3671, punten 24 en 25, en arrest Gerecht van 27 januari 1998, Ladbroke Racing/Commissie, T-67/94, Jurispr. blz. II-1, punt 110).

226 In dit soort situaties kan een met winstoogmerk handelende particuliere marktdeelnemer zich niet gedragen zoals de staat, maar valt het gedrag van de staat — zoals het fiscale of sociale beleid — onder zijn handelen als overheid (zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg, aangehaald in punt 220 supra, punten 20 e.v.).

227 Ditzelfde geldt voor uitgaven van de staat in verband met het ontslag van werknemers en de betaling van werkloosheids- en andere sociale uitkeringen (zie in die zin arrest Gerecht van 21 januari 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke en Lech-Stahlwerke/Commissie, T-129/95, T-2/96 et T-97/96, Jurispr. blz. II-17, punt 119), alsook voor steunmaatregelen voor het herstel van de industriële structuur, leningen van de staat tegen ongebruikelijke voorwaarden of de kosten van de sanering van een terrein om de aanleg van een technologiepark mogelijk te maken (zie in die zin arresten van 14 september 1994, Spanje/Commissie, aangehaald in punt 223 supra, punt 22, en 28 januari 2003, Duitsland/Commissie, aangehaald in punt 185 supra, punt 140, en arrest Gerecht van 8 juli 2004, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie, T-198/01, Jurispr. blz. II-2717, punt 108).

228 De handelingen die de staat verricht ter uitvoering van de verplichtingen die op hem als overheid rusten, kunnen namelijk niet worden vergeleken met die van een particuliere investeerder in een markteconomie.

229 Bij de beoordeling of door de staat genomen maatregelen berusten op zijn overheidsbevoegdheden dan wel op de verplichtingen die hij als aandeelhouder heeft, is niet de vorm van deze maatregelen van belang, maar hun aard, hun voorwerp en de regels waaraan zij zijn onderworpen, waarbij rekening moet worden gehouden met de door de betrokken maatregelen nagestreefde doelstelling (zie in die zin arrest Hof van 19 januari 1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, Jurispr. blz. I-43, punt 30).

230 In het geval van een onderneming wier aandelenkapitaal in het bezit is van overheidsinstanties, moet derhalve met name worden onderzocht of een particuliere investeerder van vergelijkbare omvang als de organen die de publieke sector beheren, in vergelijkbare omstandigheden een even grote kapitaalinbreng had gedaan, uitgaande van de te verwachten rentabiliteit en afgezien van elke overweging van sociale aard of van regionaal of sectoraal beleid (zie in die zin arresten van 10 juli 1986, België/Commissie, aangehaald in punt 224 supra, punt 14, en Italië en SIM 2 Multimedia/Commissie, aangehaald in punt 221 supra, punt 38, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

231 De omstandigheid, ten slotte, dat het optreden van de staat als aandeelhouder wordt beoordeeld naar de toets van de verstandige particuliere investeerder, doch het optreden van een willekeurige particuliere investeerder niet, betekent geen schending van de gelijke behandeling van de staat en die particuliere investeerder, aangezien de staat als aandeelhouder zich niet in dezelfde situatie bevindt als de particuliere investeerder. Anders dan de particuliere investeerder die enkel op zijn eigen middelen kan rekenen om zijn investeringen te financieren, heeft de staat immers toegang tot middelen voortvloeiend uit de uitoefening van overheidsbevoegdheden, met name tot middelen afkomstig uit de heffing van belastingen (arrest Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie, aangehaald in punt 101 supra, punten 271 en 272).

232 De enkele omstandigheid dat de staat toegang heeft tot middelen voortvloeiend uit de uitoefening van overheidsbevoegdheden, is derhalve op zich onvoldoende grond om het handelen van de staat te beschouwen als berustend op zijn overheidsbevoegdheden. Anders bestaat het gevaar dat de toepassing van het criterium van de verstandige particuliere investeerder op het gedrag van de staat als aandeelhouder geen enkele betekenis meer heeft, of althans op onevenredige wijze wordt beknot, aangezien hij, als staat, noodzakelijkerwijs financiële middelen kan inzetten die voortvloeien uit de uitoefening van overheidsbevoegdheden, in het bijzonder belastingmiddelen.

233 Gelet hierop moet met inachtneming van de omstandigheden van elk concreet geval worden vastgesteld of de deelneming of interventie van de staat in het kapitaal van de begunstigde onderneming een economisch doel dient dat ook een particuliere investeerder zou kunnen nastreven, en derhalve door de staat als marktdeelnemer wordt verricht op dezelfde grondslag als een particuliere investeerder, dan wel juist haar rechtvaardiging vindt in het nastreven van een doelstelling van openbaar belang en daarom is te beschouwen als een handelen van de staat als overheid, in welk geval het gedrag van de staat niet met dat van een marktdeelnemer of een particuliere investeerder in een markteconomie kan worden vergeleken.

234 Hieruit volgt dat een interventie van de staat die, gelet op de aard en het voorwerp ervan en de doelstelling waarop zij is gericht, geen investering is die een particuliere investeerder kan verrichten, een interventie van de staat als overheid kan zijn, waardoor het criterium van de verstandige particuliere investeerder niet van toepassing is.

235 Indien daarentegen de interventie van de staat, gelet op de aard en het voorwerp ervan en de doelstelling waarop zij is gericht, een investering is die vergeleken kan worden met die welke een particuliere investeerder zou verrichten, moet deze interventie worden getoetst naar het criterium van de verstandige particuliere investeerder. Deze toetsing is erop gericht na te gaan of een dergelijke investeerder in vergelijkbare omstandigheden en uitgaande van de te verwachten rentabiliteit, een even grote kapitaalinbreng had gedaan, en wel los van de vorm van de interventie van de staat en ook los van het feit dat hij toegang heeft tot middelen die voortvloeien uit de uitoefening van overheidsbevoegdheden, zoals die uit de heffing van belastingen, waartoe een particuliere investeerder geen toegang kan hebben.

236 Met andere woorden, de maatregel dient niet te worden beoordeeld naar alleen de vorm ervan, maar naar de aard, het voorwerp en de doelstellingen ervan, hetgeen meebrengt dat alle aspecten ervan in hun totaliteit in aanmerking worden genomen, alsmede de context waarbinnen hij is vastgesteld.

237 Bijgevolg kan het feit dat de interventie van de staat in de vorm van een wet geschiedt, op zich niet voldoende zijn om uit te sluiten dat de interventie van de staat in het

kapitaal van een onderneming een economisch doel heeft, dat ook door een particuliere investeerder zou kunnen worden nagestreefd.

238 In casu staat vast dat de Franse Republiek in 1997 enig aandeelhouder van EDF was.

239 Vóór de vaststelling van wet nr. 97-1026 was de balans van EDF als volgt ingedeeld:

— de actiefzijde bevatte een post „Geconcessioneerde vaste activa" ter hoogte van 285,7 miljard FRF, waarvan ongeveer 90 miljard FRF het RAG betrof;

— de passiefzijde een post „Reserves" waarvan ongeveer 38,5 miljard FRF voor het RAG in verband met uitgaven voor de te realiseren vervangingen, en een post „Tegenwaarde van de geconcessioneerde goederen", die de uitgaven voor de gerealiseerde vervangingen vertegenwoordigde. Deze post, die een schuld van EDF jegens de Staat betrof, omvatte vóór de vaststelling van wet nr. 97-1026 een bedrag van 145,2 miljard FRF, waarvan 18,3 miljard FRF voor het RAG.

240 Vaststaat dat de Franse Republiek bij wet nr. 97-1026 de balans van EDF heeft geherstructureerd en een herkapitalisatie van de onderneming heeft doorgevoerd. Zo zijn na deze operatie ten eerste de goederen die het RAG vormden, voor 90,325 miljard FRF geboekt als „eigen vermogen" van de onderneming. In de tweede plaats zijn de niet gebruikte reserves voor de vernieuwing van het RAG ad 38,521 miljard FRF opgevoerd als niet uitgekeerde winst, zonder opneming in de winst- en verliesrekening, en ter hoogte van 20,225 miljard FRF geboekt als over te dragen verlies; deze rekening was aldus verevend en het saldo van 18,296 miljard FRF is aan de reserves toegevoegd. Deze nieuw indelingen hebben geleid tot belastingheffing overeenkomstig artikel 38, lid 2, van het algemene wetboek van belastingen. In de derde plaats zijn de „rechten van de concessiegever", dat wil zegen de „tegenwaarde van de geconcessioneerde goederen",

buiten de resultatenrekening om rechtstreeks geboekt onder de post kapitaalinjecties voor een bedrag van 14,119 miljard FRF (op een totaal van 18,345 miljard FRF), en is het saldo verdeeld over de verschillende herwaarderingsposten.

241 Alleen het feit dat er geen belasting is geheven over de „rechten van de concessiegever" vóór de kapitaalinjectie is door de Commissie als staatssteun beschouwd. Zij heeft immers noch het feit dat EDF met terugwerkende kracht sinds 1956 als eigenaar van het RAG wordt beschouwd, noch de herbestemming van de niet gebruikte reserves vanaf het tijdstip dat hierover belasting is geheven, noch de kapitaalinjectie van 14,119 miljard FRF als staatssteun beschouwd.

242 Alle partijen zijn het erover eens dat over het bedrag van 14,119 miljard FRF belasting had moeten worden geheven voordat dit bedrag in de post „Kapitaalinjecties" werd opgenomen. Ongeacht of deze zienswijze juist is, is derhalve de belastingregeling die in beginsel op de rechten van de concessiegever van toepassing was, niet in geding tussen partijen.

243 Toch is het doel van artikel 4 van wet nr. 97-1026 herstructurering van de balans van EDF en verhoging van haar eigen vermogen. Het gaat derhalve niet om bepalingen van fiscale aard als zodanig, maar om bepalingen van boekhoudkundige aard met fiscale gevolgen, zoals de aan EDF gerichte brief van 22 december 1997 van de minister van Economische Zaken, Financiën en Industrie, van de staatssecretaris voor Begrotingszaken en van de staatssecretaris voor Industrie aangeeft.

244 Verder heeft de Commissie slechts de fiscale gevolgen van artikel 4 van wet nr. 97-1026 onderzocht en aangegeven dat het niet haar taak was om rekening te houden met de

volgens deze wettelijke bepalingen gerealiseerde kapitaalverhoging noch met het betoog van de Franse Republiek ter staving dat de operatie in haar geheel genomen economisch rationeel was.

245 De Commissie rechtvaardigt deze aanpak met het fiscale karakter van het door haar vastgestelde voordeel en stelt — zoals blijkt zowel uit de bestreden beschikking als uit haar memories en antwoorden op de door het Gerecht gestelde vragen — dat het criterium van de particuliere investeerder niet van toepassing kan zijn op een kapitaalverhoging die wordt gerealiseerd door afstand te doen van een belastingvordering, aangezien een dergelijke afstand berust op de uitoefening van de regelgevende of overheidsbevoegdheden van de staat.

246 Bijgevolg moet worden onderzocht of een lidstaat die zowel fiscaal schuldeiser als enig aandeelhouder is van een overheidsonderneming, zich kan beroepen op de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder, wanneer hij het kapitaal van deze onderneming verhoogt door afstand van deze belastingvordering te doen, dan wel of de Commissie, gelet op het fiscale karakter van de schuldvordering en het feit dat de staat bij de afstand van deze schuldvordering zijn overheidsbevoegdheden heeft gebruikt, de toepassing van dit criterium op de betrokken kapitaalverhoging kon afwijzen.

247 Gelet op de door wet nr. 97-1026 nagestreefde doelstelling van herkapitalisatie van EDF mocht de Commissie niet enkel vanwege het fiscale karakter van de schuldvordering van de Franse Staat op de onderneming en het feit dat hij hiervoor een wet gebruikte, weigeren na te gaan of een particuliere investeerder in vergelijkbare omstandigheden tot een even grote kapitaalverhoging had kunnen besluiten, en derhalve of de Staat het kapitaal had ingebracht onder omstandigheden overeenkomend met de normale marktvoorwaarden.

248 Bijgevolg kon de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder niet enkel worden afgewezen omdat aan de verhoging van het kapitaal van EDF ten grondslag lag, dat de Staat afstand had gedaan van een schuldvordering op EDF.

249 De Commissie behoorde immers in die omstandigheden na te gaan of een particuliere investeerder in vergelijkbare omstandigheden een investering van vergelijkbare omvang zou hebben gedaan, onafhankelijk van de door de Staat gekozen vorm ter verhoging van het kapitaal van EDF en van het eventuele gebruik van belastingmiddelen daartoe, en zodoende de economische beweegredenen voor deze investering te bepalen om deze te vergelijken met het gedrag dat een particuliere investeerder ten aanzien van diezelfde onderneming in dezelfde omstandigheden aan de dag zou hebben gelegd.

250 Deze verplichting van de Commissie om na te gaan of de staat het kapitaal heeft ingebracht onder met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden, geldt immers ongeacht de vorm waarin dat kapitaal door de staat is ingebracht, of die vorm nu wel of niet vergelijkbaar is met die waarvoor een particuliere investeerder had kunnen kiezen.

251 De beoordeling van de normale marktvoorwaarden berust op een vergelijkende economische analyse van de door de staat gerealiseerde investering. Dienaangaande moet worden onderzocht of een particuliere investeerder bij vergelijkbare financiële en rentabiliteitsvooruitzichten tot een investering van vergelijkbare omvang zou hebben besloten. De vorm waarin deze investering geschiedt — een directe kapitaalinjectie door middel van fondsen uit belastinginkomsten of staatsleningen, dan wel omzetting van schulden in kapitaal — is namelijk irrelevant. Daarentegen kan niet worden uitgesloten dat, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft aangevoerd, de vorm van de investering tot verschillen leidt wat de kosten van het vrijmaken van kapitaal en wat het rendement van het kapitaal betreft, zodat zou kunnen worden geconcludeerd dat een particuliere investeerder in vergelijkbare omstandigheden die investering niet zou hebben gedaan. Dit vereist echter een economische analyse in het kader van de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder, waartoe de Commissie in casu doelbewust niet is overgegaan.

252 Een dergelijke analyse was echter, gelet op de omstandigheden van het onderhavige geval, gerechtvaardigd, enerzijds omdat, zoals EDF en de Franse Republiek naar voren hebben gebracht en door de Commissie niet is betwist, een kapitaalverhoging kan plaatsvinden door inbreng van een schuldvordering die een particuliere aandeelhouder op de onderneming heeft, hetgeen in casu naar Frans recht is toegestaan, en anderzijds omdat het gebruik van een wet daartoe kon worden beschouwd als het noodzakelijke gevolg van het feit dat de voorschriften met betrekking tot het kapitaal van EDF zelf bij wet waren vastgesteld, hetgeen niet door de Commissie is betwist. Die laatste

omstandigheid, die de aard van de litigieuze maatregel kenmerkt, kon namelijk niet afdoen aan de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder op het onderhavige geval.

253 Aangezien de litigieuze maatregel in zijn context moest worden beoordeeld, mocht de Commissie zich bijgevolg niet beperken tot het onderzoek van de fiscale gevolgen van de door de Franse Republiek vastgestelde bepalingen, zonder tegelijkertijd de juistheid te onderzoeken — en hierna eventueel af te wijzen— van de argumentatie van de Franse Republiek, dat de afstand van de belastingvordering in het kader van de herstructurering van de balans en de verhoging van het kapitaal van EDF, die het doel van artikel 4 van wet nr. 97-1026 was, kon worden beschouwd als een verrichting die aan het criterium van de particuliere investeerder voldeed.

254 Op dit punt faalt in de eerste plaats het argument van de Commissie, dat, gelet op het arrest van het Hof in de zaak Duitsland/Commissie (C-334/99, aangehaald in punt 185 supra), het criterium van de particuliere investeerder niet kon worden toegepast omdat de Franse Staat in casu zijn overheidsbevoegdheden had uitgeoefend door gebruik te maken van een wet om afstand te doen van een belastingvordering, en zich derhalve niet als een particuliere aandeelhouder had gedragen.

255 Stellig moet volgens de rechtspraak in het kader van de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder onderscheid worden gemaakt tussen de verplichtingen die de staat als aandeelhouder van een vennootschap heeft, en de verplichtingen die op hem als overheid kunnen rusten (arrest van 28 januari 2003, Duitsland/Commissie, aangehaald in punt 185 supra, punt 134).

256 In het bijzonder blijkt uit de arresten waarin dit criterium is toegepast (arresten van 14 september 1994, Spanje/Commissie, aangehaald in punt 223 supra; 28 januari 2003, Duitsland/Commissie, aangehaald in punt 185 supra, en Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie, aangehaald in punt 227 supra) dat het in de desbetreffende zaken ging om verplichtingen die op de staat als overheid rustten, waardoor het criterium van de particuliere investeerder niet kon worden toegepast op de daaruit voortvloeiende lasten. Die lasten hadden betrekking op kosten wegens het ontslag van werknemers, de betaling van werkloosheidsuitkeringen, steun voor het herstel van de industriële

structuur, leningen van de staat tegen ongebruikelijke voorwaarden en ten slotte de sanering van een terrein om de aanleg van een technologiepark mogelijk te maken. Zij konden derhalve niet in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de kosten van de liquidatie van een onderneming in vergelijking met de kosten van een overname van deze onderneming, aangezien zij uit verplichtingen voortvloeiden die niet op een particuliere investeerder rustten.

257 Anders dan in de situaties die hierboven in punt 256 zijn beschreven, bestond echter in de onderhavige zaak, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft toegegeven, strikt genomen geen verplichting die in de zin van deze rechtspraak op de staat als overheid rustte en ging het niet om de waardering van bepaalde kosten die voor de staat uit zijn verplichtingen als overheid voortvloeiden.

258 Immers, wanneer, zoals in casu, de staat als enig aandeelhouder van een onderneming kapitaal in deze onderneming inbrengt om met name onevenwichtigheden in haar balans recht te zetten, moet worden vastgesteld dat hij zich gedraagt op een wijze zoals ook een particuliere investeerder zich zou kunnen gedragen, en kan niet bij voorbaat worden uitgesloten dat hij wellicht met een oogmerk handelt dat vergelijkbaar is met dat van een dergelijke investeerder. Om vast te stellen of dat het geval is geweest, hetgeen kwalificatie van de litigieuze maatregel als steun zou uitsluiten, moet worden nagegaan of al dan niet aan het criterium van de particuliere investeerder is voldaan, hetgeen de Commissie heeft geweigerd.

259 In dit verband is van belang dat enerzijds artikel 4 van wet nr. 97-1026 ertoe strekte de balans te herstructureren en het eigen vermogen van EDF te verhogen, hetgeen lijkt aan te tonen dat de Staat een investeringsdoel nastreefde dat mogelijk vergelijkbaar was met dat van een particuliere investeerder, en dat anderzijds het feit dat de betrokken kapitaalverhoging voor een deel voortvloeide uit de afstand van een belastingvordering en in die zin fiscale gevolgen had, op zich niet rechtvaardigde om de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder af te wijzen. In die omstandigheden en gelet op het feit dat de vaststelling van een wet noodzakelijk was om de boekhoudkundige correcties tot aanpassing van het eigen vermogen van de onderneming te effectueren,

kan in casu niet worden geoordeeld dat de vorm van de maatregel van de staat de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder bij voorbaat uitsloot.

260 In de tweede plaats moet ook het argument van de Commissie worden afgewezen, dat het criterium van de particuliere investeerder niet van toepassing kan zijn op de omzetting van een belastingvordering in kapitaal aangezien een particuliere investeerder nooit een dergelijke schuldvordering op een onderneming kan hebben, maar alleen een privaatrechtelijke schuldvordering, en dat de staat en die investeerder niet gelijk worden behandeld wanneer die twee situaties met elkaar worden vergeleken. Aanvaarding van dit argument zou erop neerkomen dat de staat alleen wanneer hij een privaatrechtelijke schuldvordering jegens een onderneming heeft, tot een dergelijke operatie kan overgaan onder met een particuliere investeerder vergelijkbare omstandigheden.

261 Het criterium van de particuliere investeerder strekt er juist toe om na te gaan of, ondanks het feit dat de staat over middelen beschikt die niet ter beschikking staan van een particuliere investeerder, laatstgenoemde in dezelfde omstandigheden een vergelijkbare investeringsbeslissing als de staat zou hebben genomen. De aard van de schuldvordering die wordt omgezet in kapitaal, en dus het feit dat een particuliere investeerder geen fiscale schuldvordering kan hebben, zijn derhalve niet van belang waar het gaat om de vraag of het criterium van de particuliere investeerder al dan niet moet worden toegepast.

262 Op grond hiervan moet ook het argument van de Commissie worden afgewezen, dat de operatie neerkomt op een „fiscale gift" aan EDF en niet kan worden beschouwd als een investering. De staat kan immers, net als iedere schuldeiser die eigenaar is van een vennootschap, afzien van een schuldvordering door deze voor hetzelfde bedrag om te zetten in kapitaal. Deze verrichting, waardoor de eigenaar van een vennootschap het kapitaal verhoogt door af te zien van een schuldvordering die hij op haar heeft, is een schuldvergelijking waartoe ook een verstandige particuliere investeerder onder normale marktvoorwaarden kan overgaan.

263 Bijgevolg is, gelet op alle omstandigheden van het onderhavige geval, de afwijzing van de stelling van de Franse Republiek alsook van de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder, die de Commissie heeft gebaseerd op haar hierboven in punt 262 weergegeven argumenten, ongegrond.

264 Wat in de derde plaats het argument van de Commissie betreft, dat een particuliere investeerder in een vergelijkbare situatie zelf de belasting had moeten voldoen, moet enerzijds worden vastgesteld dat de bestreden beschikking slechts aangeeft: „Het voordeel is noodzakelijkerwijs selectief, aangezien het bij de gebruikelijke fiscale verwerking van een dergelijke verrichting een uitzondering is dat de vennootschapsbelasting niet wordt betaald over een gedeelte van deze bestemmingsreserves."

265 Anderzijds heeft de Commissie in haar memories en haar antwoorden op de door het Gerecht gestelde vragen naar voren gebracht dat een particuliere investeerder te voren belasting had moeten betalen indien hij het kapitaal had willen verhogen door inbreng van een schuldvordering die hij op een onderneming had waarvan hij aandeelhouder was. Volgens de Commissie zou dat derhalve voor de particuliere investeerder noodzakelijkerwijs hogere kosten hebben meegebracht, aangezien hij voor een inbreng van 100 EUR in feite 141,66 EUR had moeten vrijmaken. Zij stelt dat zij alleen indien de belasting te voren was betaald, het criterium van de particuliere investeerder bij het onderzoek van de kapitaalinjectie van 5,6 miljard FRF had mogen toepassen.

266 Ook al hebben zowel de Franse Republiek als EDF erkend dat EDF in het onderhavige geval belasting was verschuldigd, betwisten zij echter de uitlegging die de Commissie geeft van het Franse belastingrecht en van artikel 38, lid 2, van het algemene wetboek van belastingen, in het bijzonder waar het gaat om de fiscale gevolgen van een kapitaalinbreng die een aandeelhouder van een vennootschap realiseert door inbreng van een schuldvordering.

267 De Franse Republiek en EDF hebben namelijk in hun antwoorden en pleidooien gesteld dat volgens artikel 38, lid 2, van het algemene wetboek van belastingen de wijziging van het nettoactief als gevolg van de kapitaalverhoging door de inbreng van de

schuldvordering die een aandeelhouder van een onderneming op die onderneming heeft, bij de berekening van de vennootschapsbelasting buiten beschouwing moet blijven en dat volgens die bepaling bij de omzetting van de schuldvordering in kapitaal derhalve geen belastingheffing plaatsvindt over het bedrag van deze schuldvordering.

268 In de eerste plaats heeft de Commissie zelf in punt 51 van de inleidingsbeschikking opgemerkt: „gelet op […] het feit dat de kapitaalverhogingen niet worden aangemerkt als een verhoging van het nettovermogen van de vennootschap voor de berekening van de vennootschapsbelasting, heeft [de] herkwalificatie [van de rechten van de concessiegever als kapitaalinjectie] de belastingverlichting die EDF over deze reserves [in de jaren 1987-1996 heeft genoten] geconsolideerd."

269 In dit punt van de inleidingsbeschikking lijkt de Commissie derhalve, althans in het algemeen, de zienswijze van de Franse Republiek en EDF te delen waar het gaat om de fiscale gevolgen van een wijziging van het nettoactief als gevolg van de kapitaalverhoging door inbreng van een schuldvordering. In dat licht bezien lijken de kosten voor een particuliere investeerder in een markteconomie en die voor de staat identiek te zijn.

270 In de tweede plaats leidt het betoog van de Commissie in feite tot een onderzoek van de totale kosten die voor een particuliere investeerder ontstaan bij een investering van 14,119 miljard FRF, het bedrag dat overeenkomt met de rechten van de concessiegever, terwijl de herbestemming van de rechten van de concessiegever ten belope van 14,119 miljard FRF door de Commissie niet als steunmaatregel is aangemerkt — evenmin als het feit dat EDF als eigenaar wordt beschouwd van het RAG, dat oorspronkelijk aan de Staat toebehoorde — en in de bestreden beschikking alleen het niet belasten van die rechten in aanmerking wordt genomen. Het betoog van de Commissie, dat uiteindelijk ertoe leidt dat het bedrag van 14,119 miljard FRF in het onderzoek wordt betrokken, is overigens in strijd met het voordeel dat zij in de bestreden beschikking heeft vastgesteld. Dit betoog moet derhalve worden afgewezen.

271 In de derde plaats is het betoog van de Commissie in elk geval niet consistent. De Commissie erkent namelijk dat zij de extra kapitaalinjectie van 5,6 miljard FRF zou hebben onderzocht indien EDF tevoren belasting hierover had betaald en de Franse Republiek haar daarna ditzelfde bedrag had gerestitueerd, omdat de respectieve kosten voor de staat en de particuliere investeerder dan — en alleen dan — met elkaar vergeleken hadden kunnen worden.

272 In dat geval zouden de kosten voor de Staat in feite echter dezelfde zijn geweest en zou EDF hetzelfde bedrag hebben gekregen als in het kader van de door de Franse Republiek in wet nr. 97-1026 gekozen oplossing. Bij deze wet heeft de Staat immers een kapitaalinjectie verricht ten bedrage van 14,119 miljard FRF. Indien de redenering van de Commissie word gevolgd, zouden de kosten van deze transactie slechts 14,119 miljard FRF bedragen, terwijl, indien EDF belasting zou hebben betaald, de kosten voor de Staat anders waren geweest en het criterium van de particuliere investeerder had kunnen worden toegepast. Vastgesteld dient echter te worden dat indien de Staat het kapitaal van EDF met 14,119 miljard FRF had verhoogd, vervolgens belasting had geïnd ad 5,6 miljard FRF en dit bedrag daarna aan EDF had gerestitueerd, de totale kosten voor de Staat nog steeds 14,119 miljard FRF waren geweest — het bedrag van de geïnde belasting wordt immers geneutraliseerd door het identieke aan EDF terugbetaalde bedrag. EDF zou in totaal 14,119 miljard FRF hebben ontvangen, dat wil zeggen hetzelfde bedrag als zij krachtens wet nr. 97-1026 heeft ontvangen.

273 In de vierde plaats, aangenomen dat de door de Commissie gegeven uitlegging van het Franse belastingrecht — in het bijzonder van artikel 38, lid 2, van het algemene wetboek van belastingen — juist is en de uitlegging daarvan door de Franse autoriteiten onjuist, dan zouden voor een particuliere investeerder de kosten van een kapitaalinjectie door inbreng van een schuldvordering 5,6 miljard FRF zijn, indien hij in dat geval daadwerkelijk belasting zou moeten betalen.

274 Door evenwel bij de herbestemming van de rechten van de concessiegever als kapitaalinjectie af te zien van een belastingvordering ad 5,6 miljard FRF waren voor de Staat kosten ontstaan die zeker ook 5,6 miljard FRF zouden hebben bedragen, want de afstand van een belastingvordering is niet zonder kosten voor de staat, zoals de

Commissie betoogt. Derhalve zouden de kosten zonder twijfel gelijk zijn geweest aan die voor de particuliere investeerder. Bijgevolg lijkt het door de Commissie aangevoerde kostenverschil niet te zijn aangetoond, evenals de door haar hieruit getrokken consequenties wat de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder betreft.

275 Verder zou een eventueel kostenverschil alleen met het criterium van de particuliere investeerder kunnen worden geverifieerd en, in voorkomend geval, aangetoond.

276 In de vijfde plaats, ook al waren de kosten van een herkapitalisatie ten bedrage van 14,119 miljard FRF — die geen steun is volgens de Commissie — 0 FRF voor de Staat en 5,6 miljard FRF voor een particuliere investeerder, dan zou dit verschil in kosten in elk geval niet eraan in de weg staan om het criterium van de particuliere investeerder toe te passen. In dat geval zou de Commissie namelijk aan de hand van het criterium van de particuliere investeerder moeten nagaan of een particuliere investeerder 5,6 miljard FRF aan kosten zou hebben gemaakt voor die herkapitalisatie, en niet kan worden uitgesloten dat de Commissie na dit onderzoek de conclusie zou trekken dat dat niet het geval is, doch dit veronderstelt wel dat zij die analyse maakt.

277 Ten slotte, voor zover de Commissie met dit argument in feite enerzijds wil aantonen dat de kosten voor EDF verschillend waren geweest naargelang zij wel of niet belasting had moeten betalen, wat doorwerkte in de waarde van de onderneming, en anderzijds, in geval van betaling van de belasting, wil uitsluiten dat een particuliere investeerder een dergelijk bedrag daadwerkelijk in de onderneming zou hebben geïnvesteerd, terwijl de Staat volstond met af te zien van zijn schuldvordering, moet worden vastgesteld dat dit argument tracht aan te tonen dat de investeringskosten en de eventuele rendementsvooruitzichten voor de Staat en een particuliere investeerder verschillend waren. Om hiermee rekening te houden, had het criterium van de particuliere investeerder echter moeten worden toegepast, hetgeen de Commissie heeft geweigerd.

278 In de vierde plaats moet het door de Commissie ter terechtzitting aangevoerde argument worden afgewezen, dat er in elk geval geen particuliere referentie-investeerder is geweest die een even groot kapitaal als de Staat had kunnen vrijmaken, aangezien de Commissie om te beginnen niet heeft aangetoond dat er geen particuliere referentie-investeerder was om in casu de publieke investeerder mee te vergelijken. Verder belet het feit dat er geen particuliere referentie-investeerder was, niet dat de transactie in het licht van de „normale marktvoorwaarden" moest worden onderzocht, welke voorwaarden, die dan noodzakelijkerwijs hypothetisch zijn, moeten worden beoordeeld aan de hand van de beschikbare objectieve en controleerbare factoren (zie in die zin arrest Chronopost e.a./Ufex e.a., aangehaald in punt 172 supra, punt 38).

279 In de vijfde plaats heeft de Commissie niets gesteld ter ondersteuning van haar argument — voor het eerst ter terechtzitting aangevoerd en door de Franse Republiek betwist — dat een kapitaalverhoging naar Frans recht niet kan worden gerealiseerd door inbreng van een belastingvordering. Dit argument kan daarom niet worden aanvaard.

280 In de zesde plaats moet het argument van de Commissie — eveneens voor de eerste keer aangevoerd ter terechtzitting — dat de belasting op de balans van de onderneming had moeten worden opgevoerd, om twee redenen worden afgewezen.

281 Enerzijds is dit argument in feite een verwijt aan de Franse Republiek, dat zij richtlijn 80/723/EEG van de Commissie van 25 juni 1980 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven (PB L 195, blz. 35) niet is nagekomen. Aangenomen dat de Franse Republiek dat verwijt kan worden gemaakt, dan neemt dat niet weg dat deze niet-nakoming geen verband houdt met de argumentatie van de Commissie in de punten 96 en 97 van de bestreden beschikking en niet van invloed is op de vraag of het criterium van de particuliere investeerder moest worden toegepast.

282 Anderzijds heeft de Commissie niet kunnen uitleggen op welke balans de verschuldigde belasting had moeten worden opgevoerd. Vóór de vaststelling van wet nr. 97-1026 en voordat EDF als eigenaar van het RAG werd beschouwd, was er geen enkele belasting verschuldigd. Aangezien de Franse Republiek geen belasting heeft ingevorderd, was deze daarna niet meer verschuldigd en had deze derhalve niet op de balans als schuld van de onderneming kunnen worden opgevoerd.

283 In de zevende plaats ten slotte, wat het argument van de Commissie betreft, dat bij aanvaarding van de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder iedere vorm van belastingvrijstelling waartoe de lidstaten besluiten, geldig zou zijn, aangezien zij altijd aan dit criterium zouden voldoen, moet in de eerste plaats erop worden gewezen dat het hier niet enkel om een aan de onderneming verleende vrijstelling gaat, maar om de afstand van een belastingvordering in het kader van de verhoging van het kapitaal van een onderneming waarvan de staat enig aandeelhouder is. In de tweede plaats is het niet juist vooruit te lopen op de uitkomst van de toepassing van dit criterium, daar het anders zinloos of ongeschikt zou zijn. In de derde plaats kan in elk geval niet worden uitgesloten dat de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder in casu zou kunnen leiden tot het oordeel dat de interventie van de staat niet in overeenstemming was met het gedrag dat een particuliere investeerder aan de dag zou kunnen hebben leggen. Het argument van de Commissie is derhalve irrelevant.

284 Samengevat kan geen van de argumenten van de Commissie, ondersteund door Iberdrola, worden aanvaard, zodat moet worden geoordeeld dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en artikel 87 EG heeft geschonden door de litigieuze maatregel niet in zijn context te beoordelen en het criterium van de particuliere investeerder niet toe te passen.

285 Aangezien het Gerecht heeft vastgesteld dat de Commissie ten onrechte dit criterium heeft afgewezen, dient zij de maatregelen te nemen die de uitvoering van dit arrest vereist. De gemeenschapsrechter die op een beroep tot nietigverklaring moet beslissen, is namelijk op het gebied van staatssteun niet bevoegd om de beschikkingen die aan zijn rechtmatigheidstoezicht zijn onderworpen, te herzien en in dat geval zelf over te gaan

tot de analyse die de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder meebrengt. Het is derhalve aan de Commissie om, indien zij dit gerechtvaardigd acht, een nieuwe beschikking te geven met inachtneming van de overwegingen uiteengezet in de punten 220-253 hierboven.

286 Gelet op een en ander moeten de artikelen 3 en 4 van de bestreden beschikking wegens schending van artikel 87 EG worden nietig verklaard, zonder dat de andere door verzoekster aangevoerde middelen en middelonderdelen of de verzoeken om een maatregel tot organisatie van de procesgang betreffende het „Oxera-rapport" behoeven te worden onderzocht.

Kosten

287 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, moet zij in de kosten van verzoekster worden verwezen, zoals door haar is gevorderd.

288 Volgens artikel 87, lid 4, eerste alinea, dragen de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten. Bijgevolg draagt de Franse Republiek haar eigen kosten.

289 Volgens artikel 87, lid 4, derde alinea, kan het Gerecht bepalen dat een interveniënt zijn eigen kosten zal dragen. In het onderhavige geval zal Iberdrola, die ter ondersteuning van de Commissie heeft geïntervenieerd, haar eigen kosten dragen.

HET GERECHT (Derde kamer)

rechtdoende, verklaart:

1) **De artikelen 3 en 4 van de beschikking van de Commissie van 16 december 2003 betreffende staatssteun aan EDF en de elektriciteits- en gasindustrie (C 68/2002, N 504/2003 en C 25/2003) worden nietig verklaard.**

2) **De Europese Commissie draagt haar eigen kosten alsook de kosten van Électricité de France (EDF).**

3) **De Franse Republiek draagt haar eigen kosten.**

4) **Iberdrola, SA draagt haar eigen kosten.**

Azizi Cremona Frimodt Nielsen

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 15 december 2009.

ondertekeningen

Inhoud

Toepasselijke bepalingen . . . . . II - 4510

Voorschriften van het EG-Verdrag . . . . . II - 4510

Verordening (EG) nr. 659/1999 . . . . . II - 4511

Toepasselijk Frans recht . . . . . II - 4513

Aan het geding ten grondslag liggende feiten . . . . . II - 4514

Algemene context van de zaak . . . . . II - 4514

Administratieve procedure . . . . . II - 4521

Bestreden beschikking . . . . . II - 4524

Procesverloop en conclusies van partijen . . . . . II - 4531

In rechte . . . . . II - 4534

Eerste middel: schending van artikel 20 van verordening nr. 659/1999 en schending van de rechten van de verdediging . . . . . II - 4536

Argumenten van partijen . . . . . II - 4536

Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 4541

— Schending van de rechten van de verdediging . . . . . II - 4541

— Schending van de procedurele rechten van de ontvanger van steun als belanghebbende . . . . . II - 4542

Tweede middel: schending van artikel 87 EG door de Commissie . . . . . II - 4545

Het eerste onderdeel: het niet in aanmerking nemen van de „ondercompensatie" van de door EDF gedragen kosten van openbaredienstverlening . . . . . II - 4545

— Argumenten van partijen . . . . . II - 4545

— Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 4547

Het tweede onderdeel: geen ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten . . . . . II - 4549

— Argumenten van partijen . . . . . II - 4549

— Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 4552

Het derde onderdeel van het tweede middel: ten eerste de kwalificatie van de betrokken maatregelen als kapitaalinjectie, en ten tweede het gedrag van de Staat als een verstandig investeerder in een markteconomie in het kader van de toepassing van deze maatregelen. . . . . II - 4554

— Argumenten van partijen . . . . . II - 4554

— Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 4569

Kosten . . . . . II - 4587