Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Tredje Afdeling)

16. januar 2018*

»Statsstøtte – de franske myndigheders støtte til EDF – konvertering af skattefrie regnskabsmæssige henlæggelser til kapitaltilførsel med henblik på fornyelse af højspændingsforsyningsnettet – afgørelse, hvorved støtten erklæres uforenelig med det indre marked – retskraft – kriteriet om den private investor«

I sag T-747/15,

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

sagsøger,

støttet af:

Den Franske Republik først ved G. de Bergues, D. Colas og J. Bousin, derefter ved D. Colas og J. Bousin, som befuldmægtigede,

intervenient,

mod

Europa-Kommissionen ved É. Gippini Fournier, B. Stromsky og D. Recchia, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

angående en påstand i henhold til artikel 263 TEUF om annullation af artikel 1-5 i Kommissionens afgørelse (EU) 2016/154 af 22. juli 2015 om statsstøtte SA.13869 (C 68/2002) (ex NN 80/2002) – Konvertering af skattefrie regnskabsmæssige henlæggelser til kapital med henblik på fornyelse af det franske højspændingsnet (Réseau d'Alimentation Générale) iværksat af Frankrig til fordel for EDF (EUT 2016, L 34, s. 152),

har

RETTEN (Tredje Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, S. Frimodt Nielsen (refererende dommer), og dommerne V. Kreuschitz og N. Półtorak,

justitssekretær: E. Coulon,

afsagt følgende

* Processprog: fransk.

Dom

I. Sagens baggrund

A. Indledning

1 Ved beslutning af 16. oktober 2002 (EFT 2002, C 280, s. 8, herefter »indledningsbeslutningen«) indledte Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber den formelle undersøgelsesprocedure i henhold til artikel 108, stk. 2, TEUF vedrørende den fordel, som sagsøgeren, »Électricité de France (EDF), havde opnået ved manglende betaling af den skyldige selskabsskat, og som opstod ved omstruktureringen af selskabets balance i 1997 på en del af de skattefrie regnskabsmæssige henlæggelser til udskiftning af højspændingsforsyningsnettet (réseau d'alimentation générale, herefter »RAG«), der blev konverteret til kapitaltilførsel.

2 Ved beslutning af 16. december 2003 (EUT 2005, L 49, s. 9, herefter »den oprindelige beslutning«) erklærede Kommissionen støtteordningen for EDF uforenelig med det indre marked og krævede støtten tilbagebetalt med tillæg af renter. Støttebeløbet blev tilbagebetalt til Den Franske Republik i februar 2004.

3 Ved dom af 15. december 2009, EDF mod Kommissionen (T-156/04, EU:T:2009:505, herefter »dommen i sag T-156/04«), annullerede Retten den oprindelige beslutnings artikel 3 og 4. I forlængelse af denne dom refunderede Den Franske Republik det beløb, som EDF havde tilbagebetalt til denne, til selskabet.

4 Ved dom af 5. juni 2012, Kommissionen mod EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, herefter »dommen i sag C-124/10 P«), forkastede Domstolen den appel, som Kommissionen havde iværksat med påstand om ophævelse af dommen i sag T-156/04.

5 Ved afgørelse af 2. maj 2013 (EUT 2013, C 186, s. 73) vedrørende en opfordring til at fremsætte bemærkninger efter artikel 108, stk. 2, TEUF (herefter »udvidelsesafgørelsen«) udvidede Kommissionen den formelle undersøgelsesprocedure.

6 Ved afgørelse (EU) 2016/154 af 22. juli 2015 om statsstøtte SA.13869 (C 68/2002) (ex NN 80/2002) – Konvertering af skattefrie regnskabsmæssige henlæggelser til kapital med henblik på fornyelse af det franske højspændingsnet (Réseau d'Alimentation Générale) iværksat af Frankrig til fordel for EDF (EUT 2016, L 34, s. 152, herefter »den anfægtede afgørelse«), erklærede Kommissionen på ny støtteordningen for EDF uforenelig med det indre marked og krævede støtten tilbagebetalt med tillæg af renter. Støttebeløbet blev tilbagebetalt til Den Franske Republik den 13. oktober 2015.

7 EDF har anlagt den foreliggende sag ved stævning indleveret til Justitskontoret den 22. december 2015.

B. Støttemodtageren

8 EDF blev stiftet ved loi nº 46-628, du 8 avril 1946, sur la nationalisation de l'électricité et du gaz (lov nr. 46-628 af 8.4.1946 om nationalisering af el og gas, herefter »lov nr. 46-628«, JORF af 9.4.1946, s. 2651), der i artikel 1 bestemte, at produktion, transport, distribution, import og eksport af elektricitet i Frankrig skulle nationaliseres. Ved denne lov blev ledelsen af de nationaliserede elektricitetsvirksomheder overdraget til en national offentlig erhvervsvirksomhed ved navn »Electricité de France (EDF), Service National«.

9 Ifølge artikel 16 i lov nr. 46-628 udgjorde nettoværdien af de formuegoder, rettigheder og forpligtelser, der blev overdraget til EDF, EDF's egenkapital, tilhørte nationen, var uafhændelig og skulle ved tab på driften dækkes gennem resultaterne i senere regnskabsår. I henhold til artikel 1 i décret nº 56-493, du 14 mai 1956, relatif aux dotations en capital à EDF (dekret nr. 56-493 af 14.5.1956 vedrørende kapitaltilførslerne til EDF, JORF af 19.5.1956, s. 4613) var kapitaltilførslerne underlagt de regler, der var fastlagt i den nævnte lovs artikel 16. Ifølge samme dekrets artikel 2 skulle staten have renter og udbytte af disse tilførsler.

10 I medfør af lov nr. 46-628 havde EDF siden stiftelsen været og var stadig i 1997 en national offentlig industri- og erhvervsvirksomhed, som ikke var omfattet af bestemmelserne om aktieselskaber. Denne status blev ændret ved loi nº 2004-803, du 9 août 2004, relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières (lov nr. 2004-803 af 9.8.2004 om den offentlige elektricitets- og gastjeneste og om elektricitets- og gasvirksomheder, herefter »lov nr. 2004-803«, JORF af 11.8.2004, s. 14256), som i artikel 24 foreskrev, at EDF, som staten skulle eje en kapitalandel på 70% i, skulle være reguleret af gældende lovgivning for aktieselskaber, medmindre andet var fastsat i lovgivningen. Ifølge denne lovs artikel 47 skal den offentlige virksomhed EDF desuden med tiden omdannes til et aktieselskab med forbehold af bekendtgørelsen af et dekret om dens nye status. Det præciseres i samme lovs artikel 46, at selskabet EDF's balance pr. 31. december 2004 skulle opgøres på grundlag af den offentlige virksomhed EDF's balance pr. 31. december 2003 og dens resultatopgørelse for regnskabsåret 2004.

11 Omdannelsen af EDF til aktieselskab trådte i kraft i medfør af décret nº 2004-1224, du 17 novembre 2004, portant statuts de la société anonyme EDF (dekret nr. 2004-1224 af 17.11.2004 om aktieselskabet Electricité de Frances vedtægter, JORF af 19.11.2004, s. 19505). Ifølge vedtægterne, der er knyttet som bilag til det nævnte dekret, skal EDF fremover være et aktieselskab reguleret af de love og regler, der er gældende for kommercielle selskaber, bl.a. code de commerce (den franske handelslov), for så vidt som det ikke er undtaget herfra i kraft af mere specifikke bestemmelser, herunder dets egne vedtægter.

12 Det fremgår af artikel 6 i EDF's vedtægter, at selskabets aktiekapital, som staten oprindeligt ejede fuldt ud, blev fastsat til 8,129 mia. EUR fordelt på 1 625 800 000 aktier a 5 EUR. Det nye aktieselskab EDF's selskabskapital blev i november 2004 fastsat til det samme beløb som summen af den kapital og de kapitaltilførsler, som den offentlige erhvervsvirksomhed EDF havde akkumuleret indtil da, nemlig 8,1 mia. EUR. Denne værdi af kapital og kapitaltilførsler var opnået ved anvendelse af loi nº 97-1026, du 10 novembre 1997, portant diverses mesures d'ordre économique et commercial (lov nr. 97-1026 af 10.11.1997 om forskellige foranstaltninger af økonomisk og kommerciel karakter, herefter »lov nr. 97-1026«, JORF af 11.11.1997, s. 16387) og forblev uændret fra 1997 til den anfægtede afgørelses vedtagelse.

13 Det fremgår i øvrigt af lov nr. 2004-803 og EDF's vedtægter, at staten til hver en tid ejer 70% af selskabskapitalen. I november 2005 blev der udstedt nye EDF-aktier i en åben emission, som blev optaget til handel på Euronext, hvilket således åbnede EDF's kapital over for andre aktionærer end staten.

C. Oprettelse af regnskabsmæssige henlæggelser til fornyelse af RAG

14 Samtlige nationaliserede elektricitetskoncessioner er i henhold til artikel 36 i lov nr. 46-628 blevet overdraget til EDF. Ifølge denne lovs artikel 37 skal koncessionshaveren overholde en standardiseret specifikation for disse koncessioner. I 1958 blev de forskellige koncessioner, som staten således havde overdraget til EDF, samlet i én enkelt koncession med benævnelsen RAG.

15 I mangel af specifikke regnskabsregler for koncessionerne har EDF siden 1946 betragtet sig selv som ejer af de formuegoder, der indgår i RAG, og bogført dem under aktiver på sin balance.

16 I medfør af artikel 8 i specifikationen, som blev godkendt ved dekret nr. 56-1225 af 28. november 1956, var EDF forpligtet til for egen regning at udføre alle de vedligeholdelses- og fornyelsesarbejder, som var nødvendige for at holde de anlæg, der var omfattet af koncessionen, i driftsmæssig god stand.

17 I 1987 – efter en ændring i 1982 af den generelle kontoplan i form af specifikke regler om formuegoder, der skulle føres tilbage til staten efter koncessionens – ændrede EDF sin regnskabspraksis vedrørende aktiverne i RAG, som indtil da havde været anset for selskabets egne formuegoder, og bogførte disse aktiver på balancen under posten »Koncessionerede aktiver«. For disse aktiver anvendte EDF herefter de særlige franske regnskabsregler for koncessionerede aktiver, som skulle tilbagegives til staten efter koncessionens udløb, og foretog skattefrie henlæggelser til fornyelse af RAG.

18 I en rapport fra 1994 fandt Cour des comptes (den franske revisionsret), at det i et sådant tilfælde med en fast enekoncessionshaver for staten, som var udpeget ved lov, såsom EDF var vanskeligt at betragte de aktiver, som udgjorde RAG, som værende af den type, der skulle tilbagegives til staten ved koncessionens udløb i modsætning til EDF's egne formuegoder i RAG. Revisionsretten fandt med andre ord ikke den regnskabsmæssige ændring, som EDF indførte i 1987, og som udmøntede sig i oprettelsen af skattefrie henlæggelser, berettiget. EDF og ressortmyndighederne iværksatte herefter et samarbejde for at normalisere EDF's situation.

19 I 1997 omfattede EDF's regnskaber to typer af skattefrie henlæggelser til fornyelse af RAG: endnu ikke anvendte henlæggelser til et beløb af 38,5 mia. franske franc (FRF) og koncessionsgivers rettigheder svarende til allerede gennemførte fornyelser til et beløb af 18,345 mia. FRF.

D. Konvertering af de regnskabsmæssige henlæggelser

20 Lov nr. 97-1026 klarlagde status for de formuegoder, der udgjorde RAG. Denne lovs artikel 4 bestemmer:

> »I. [EDF] anses for ejer af de af [RAG] omfattede anlæg fra det tidspunkt, hvor virksomheden blev meddelt koncession på dette net.
>
> II. Med henblik på anvendelsen af bestemmelserne i [stk.] I opføres pr. 1. januar 1997 modværdien af de af [RAG] omfattede koncessionerede aktiver, som er opført på passivsiden på [EDF's] balance, efter fradrag af de dertil svarende opskrivningsbeløb, under posten »Kapitaltilførsler« […]«

21 Det er ubestridt, at loven skulle finde anvendelse på alle transaktioner vedrørende EDF's kapital, eftersom EDF's kapital ifølge artikel 16 i lov nr. 46-628, som affattet i 1997, faktisk var uafhændelig og tilhørte nationen. De kapitaltilførsler til EDF, der hidrørte fra omposteringen af henlæggelserne til fornyelse af RAG, faldt således ind under fransk ret.

22 Lov nr. 97-1026 fastlægger ejerskabet til de aktiver, der er omfattet af RAG. EDF's balance blev ændret ved denne lov. De henlæggelser, som EDF foretog mellem 1987 og 1996 til fornyelse af RAG med henblik på tilbageførsel af disse aktiver til staten, mistede – uanset om de blev udnyttet eller ej – deres formål, når aktiverne i RAG blev betragtet som EDF's ejendom.

23 I bilag 1 til en skrivelse af 22. december 1997 fra økonomi-, finans- og industriministeren, statssekretæren med ansvar for budgettet og statssekretæren med ansvar for industrien til EDF (herefter »skrivelsen af 22. december 1997«) gøres der rede for omstruktureringen af EDF's balance i medfør af artikel 4 i lov nr. 97-1026:

»Ompostering af »koncessionsgivers rettigheder« (18 345 563 605 FRF):

– konsolidering under posten kapitaltilførsler af modværdien af de af RAG omfattede koncessionerede aktiver i naturalier svarende til 14 119 065 335 FRF

– sammenlægning af opskrivningsbeløbene vedrørende RAG fra 1959 (2,425 mia. FRF) og fra 1976 (ikke-afskrivningsberettigede anlægsaktiver: 97 mio. FRF) med posten »Opskrivningsbeløb for RAG«, hvis værdi dermed stiger fra 1,720 mia. FRF til 4,145 mia. FRF

– sammenlægning af de lovbestemte henlæggelser vedrørende opskrivningen af afskrivningsberettigede anlægsaktiver fra 1976 (1,704 mia. FRF), hvorved denne post øges fra 877 mio. FRF til 2,581 mia. FRF

– ompostering til overførsler af de henlæggelser til fornyelse, som ikke længere var berettigede (38 520 943 408 FRF), i henhold til avis du Conseil national de la comptabilité nº 97-06 du 18 juin 1997 relatif aux changements comptables (udtalelse fra det nationale råd for regnskabsaflæggelse nr. 97-06 af 18.6.1997 vedrørende regnskabsmæssige ændringer).«

24 I forbindelse med omposteringerne på EDF's balance fulgte de franske myndigheder avis nº 97-06, du 18 juin 1997, du Conseil national de la comptabilité (CNC), relatif aux changements de méthodes comptables, changements d'estimation, changements d'options fiscales et corrections d'erreurs (udtalelse nr. 97-06 af 18.6.1997 fra det nationale råd for regnskabsaflæggelse (CNC) vedrørende ændring af regnskabsmetoder, ændring af skønsmetoder, ændring af skattemæssige muligheder og fejlkorrektion, herefter »CNC's udtalelse«), hvori det bl.a. fastslås, at korrektioner for bogføringsfejl, som pr. definition vedrører bogføring af gennemførte transaktioner, »bogføres under resultatet for det regnskabsår, hvor de konstateres«.

25 I henhold til lov nr. 97-1026 og skrivelsen af 22. december 1997 blev opskrivningsbeløbene flyttet til afsnittet »Egenkapital« uden skattemæssige konsekvenser, idet de svarede til en skattefri værditilvækst opnået ved opskrivning eller efter en skattemæssigt neutral ordning ifølge reguleringslovene af 1959 og 1976.

E. Den skattemæssige konsekvens af konverteringen af de regnskabsmæssige henlæggelser

26 I bilag 3 til skrivelsen af 22. december 1997 fastslås ligeledes de skattemæssige konsekvenser af omposteringerne på EDF's balance. Der konstateres et nettoudsving i aktiverne med omposteringen til overførsler af uudnyttede henlæggelser til fornyelse på 38,5 mia. FRF, som beskattes med en selskabsskatteprocent på 41,66%, der var gældende i 1997. De endnu uudnyttede henlæggelser på 38,5 mia. FRF blev således beskattet af de franske myndigheder. Ved en gennemgang af dette bilag fremgår det til gengæld, at den del af henlæggelserne, som blev anvendt til fornyelse af RAG, og som svarede til koncessionsgivers rettigheder og ligeledes blev oprettet skattefrit og konsolideret som kapitaltilførsel, ikke blev beskattet.

27 I et notat fra Direction générale des impôts (det franske generaldirektorat for skatter og afgifter) af 9. april 2002 (herefter »notatet af 9. april 2002«), som de franske myndigheder fremsendte til Kommissionen, anføres det i denne forbindelse, at »koncessionsgivers rettigheder vedrørende RAG udgør en ikke forfalden gæld, som uretmæssigt er fritaget for skat gennem opførelsen under kapitaltilførsel«, og at »[d]enne reserve forud for opførelsen under kapitaltilførsel skulle have været

overført fra passiverne i den virksomhed, hvor den fejlagtigt figurerede, til en egenkapitalpost, hvilket ville have medført en forøgelse af de skattepligtige nettoaktiver i henhold til artikel 38-2« i code général des impôts [(den almindelige lov om skatter og afgifter)]. De franske myndigheder præciserer, at »den således opnåede skattefordel [for EDF i 1997] kan ansættes til 5,88 mia. FRF (14,119 × 41,66%)«.

F. Indledningsbeslutningen

28 Ved indledningsbeslutningen indledte Kommissionen proceduren i henhold til artikel 108, stk. 2, TEUF vedrørende den fordel, som EDF opnåede som følge af manglende betaling af den skyldige selskabsskat, og som opstod ved omstruktureringen af selskabets balance i 1997 på den del af henlæggelserne, der svarede til koncessionsgivers rettigheder.

29 Det bemærkes, at Kommissionen i 52. betragtning til den anfægtede afgørelse fastslog, at hverken Domstolen eller Retten havde vurderet, at indledningsbeslutningen var behæftet med uregelmæssigheder, og at denne beslutning derfor kunne danne grundlag for en ny endelig afgørelse i form af den anfægtede afgørelse.

G. Kommissionens oprindelige beslutning

30 I den oprindelige beslutning erklærede Kommissionen støtteordningen for EDF uforenelig med det indre marked og krævede støtten tilbagebetalt med tillæg af renter.

31 Blandt de grunde, som Kommissionen støttede den oprindelige beslutning på, kan der navnlig henvises til følgende:

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

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

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

H. Dommen i sag T-156/04

32 EDF anlagde med støtte fra Den Franske Republik sag med påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 16. december 2003.

33 Ved dommen i sag T-156/04 annullerede Retten den oprindelige beslutnings artikel 3 og 4.

34 I præmis 233-237 i dommen i sag T-156/04 fandt Retten, at det med henblik på at undersøge, om det påhvilede Kommissionen at undersøge den franske stats indgreb i EDF's kapital efter kriteriet om den private investor, måtte fastslås, om nævnte indgreb i betragtning af sin art og indhold og under hensyn til det forfulgte formål udgjorde en investering, som det havde været muligt for en privat investor at foretage, og om denne stat således havde foretaget det i sin egenskab af erhvervsdrivende, der handler på samme måde som en privat investor, eller om det udgjorde et indgreb, som staten havde gennemført i sin egenskab af offentlig myndighed, hvilket ville udelukke, at kriteriet om den private investor blev anvendt. Retten fandt navnlig, at foranstaltningen ikke kun skulle undersøges ud fra sin form, idet anvendelsen af en lov ikke i sig selv er tilstrækkelig til, at det kan udelukkes, at staten med sit indgreb i en virksomheds kapital forfølger et økonomisk formål, som en privat investor også kunne forfølge.

35 I præmis 240-242 i dommen i sag T-156/04 anførte Retten, at »koncessionsgivers rettigheder« for så vidt angik et beløb på 14,119 mia. FRF var blevet overført direkte til posten »Kapitaltilførsler« uden at blive ført over resultatopgørelsen. Retten fremhævede, at Kommissionen kun havde anset den manglende beskatning af de nævnte rettigheder før kapitaltilførslen for at være statsstøtte, idet samtlige parter var enige om, at dette beløb var skattepligtigt, før det blev opført under posten »Kapitaltilførsel«.

36 I præmis 243-245 i dommen i sag T-156/04 fandt Retten, at artikel 4 i lov nr. 97-1026, som havde til formål at omstrukturere EDF's balance og forhøje virksomhedens egenkapital, ikke udgjorde en bestemmelse af skattemæssig art som sådan, men en regnskabsmæssig bestemmelse med skattemæssige virkninger. Retten konstaterede imidlertid, at Kommissionen kun havde undersøgt de skattemæssige virkninger af nævnte foranstaltning, og at den havde præciseret, at det på grund af den skattemæssige art af den fordel, som den havde identificeret, ikke påhvilede den at tage hensyn til den kapitalforhøjelse, der var sket, eller kriteriet om den private investor, idet et afkald på et skattetilgodehavende som det omhandlede fulgte af udøvelsen af beføjelserne som offentlig myndighed.

37 I præmis 247-250 i dommen i sag T-156/04 bemærkede Retten, at når det blev taget i betragtning, at den omhandlede foranstaltning havde til formål at rekapitalisere EDF, kunne det forhold, at det omtvistede tilgodehavende var af skattemæssig art, ikke i sig selv indebære, at Kommissionen kunne undlade at anvende kriteriet om den private investor. Ifølge Retten havde Kommissionen pligt til at undersøge, om den pågældende investering var økonomisk rationel, ved at vurdere, om en privat investor ville have foretaget en beløbsmæssigt tilsvarende investering til fordel for EDF under lignende omstændigheder. Der bestod nemlig en sådan forpligtelse for Kommissionen, uafhængigt af under hvilken form staten havde indskudt kapitalen.

38 I præmis 251 og 252 i dommen i sag T-156/04 præciserede Retten, at det ikke kunne udelukkes, at den omhandlede investerings form kunne føre til forskelle mellem de omkostninger, som er forbundet med at rejse kapitalen, og mellem afkastet af denne, som kunne give anledning til at finde, at en privat investor ikke ville have foretaget en sådan investering. Dette ville imidlertid forudsætte en økonomisk analyse inden for rammerne af anvendelsen af kriteriet om den private investor. Ifølge Retten var der grund til at foretage en sådan undersøgelse, eftersom en kapitalforhøjelse kunne være resultatet af konverteringen af en fordring, som en privat aktionær havde på virksomheden, og eftersom anvendelsen af en lov i dette øjemed kunne anses for at være en nødvendig konsekvens af, at bestemmelserne om EDF's kapital selv var fastsat ved lov.

39 Retten konkluderede derfor i præmis 253 i dommen i sag T-156/04, at henset til, at den omtvistede foranstaltning skulle vurderes i sin sammenhæng, kunne Kommissionen ikke indskrænke sig til kun at undersøge de skattemæssige virkninger, men måtte samtidig undersøge, om der var grundlag for argumentationen om, at afkaldet på skattetilgodehavendet inden for rammerne af omstruktureringen af EDF's balance og af forhøjelsen af virksomhedens kapital kunne anses for at være en foranstaltning, der opfyldte kriteriet om den private investor.

40 Retten forkastede derefter i præmis 254-259 i dommen i sag T-156/04 Kommissionens argument om, at kriteriet om den private investor ikke kunne anvendes, fordi den franske stat i det foreliggende tilfælde ved at anvende en lov til at give afkald på betalingen af et skattetilgodehavende havde gjort brug af sine beføjelser som offentlig myndighed. Retten fandt herved, at der i den foreliggende sag ikke bestod en forpligtelse, der påhvilede staten i dens egenskab af offentlig myndighed, og at det ikke drejede sig om at vurdere en række udgifter, som statens forpligtelser som offentlig myndighed medførte for den.

41 I præmis 260-263 i dommen i sag T-156/04 forkastede Retten Kommissionens argument om, at kriteriet om den private investor ikke kan anvendes på konverteringen af et skattetilgodehavende til kapital, da en privat investor aldrig ville kunne have et sådant tilgodehavende hos en virksomhed, men kun en civilretlig eller erhvervsmæssig fordring. Ifølge Retten har kriteriet om den private investor netop til formål at undersøge, om en privat investor på trods af, at en sådan ikke råder over sådanne midler, som staten råder over, under de samme omstændigheder ville have truffet en investeringsmæssig beslutning, der svarede til statens. Af hvilken art fordringen er, og den omstændighed, at en privat investor ikke kan have et skattetilgodehavende, er derfor uden betydning.

42 I præmis 264-277 i dommen i sag T-156/04 forkastede Retten Kommissionens argument om, at en privat investor ville have skullet betale skatten i en tilsvarende situation, hvilket ville have ført til større omkostninger for den private investor, idet denne for at yde 100 EUR i realiteten skulle have rejst 141,66 EUR.

43 Retten anførte herved for det første, at EDF og Den Franske Republik havde gjort gældende, og Kommissionen selv i punkt 51 i indledningsbeslutningen havde anslået, at det fulgte af fransk skatteret, at den forøgelse af nettoaktiverne, som det medfører, at en fordring, som en aktionær i en virksomhed har på virksomheden, konverteres til kapital, ikke skulle medregnes ved beregningen af selskabsskatten, og at konverteringen af fordringen til kapital således ikke ville give anledning til en beskatning, der har fordringens beløb som grundlag.

44 Retten fandt for det andet, at Kommissionens argument om, at en privat investor ville have skullet betale skatten i en tilsvarende situation, stod i modsætning til fordelen, således som Kommissionen havde beskrevet den i indledningsbeslutningen, eftersom dette argument ledte til, at det skulle undersøges, hvor store samlede omkostninger en privat investor måtte afholde for at investere 14,119 mia. FRF, mens omklassificeringen af koncessionsgiverens rettigheder til dette beløb ikke af Kommissionen var blevet anset for at udgøre støtte.

45 Retten fandt for det tredje, at Kommissionens argument om, at en privat investor ville have skullet betale skatten i en tilsvarende situation, var inkonsekvent, idet den havde medgivet, at den ville have undersøgt den supplerende kapitaltilførsel på adskillige milliarder FRF, hvis EDF forinden havde betalt et beløb svarende til denne tilførsel i skat, og den franske stat derpå havde tilbagebetalt EDF det samme beløb, eftersom omkostningerne for denne stat i så fald – og kun i så fald – havde kunnet sammenlignes med en privat investors omkostninger. Retten fandt imidlertid, at i denne situation ville omkostningerne for staten reelt have været de samme, og det beløb, som EDF havde modtaget, ville have været det samme som det, som virksomheden havde modtaget som følge af den omtvistede foranstaltning.

46 Retten fandt for det fjerde, at hvis en privat investor rent faktisk skulle have betalt skatten, ville de omkostninger, som en privat investor skulle have båret ved en kapitaltilførsel i form af konvertering af en fordring, have andraget 5,88 mia. FRF og dermed svaret til dem, som den franske stat ville have skullet bære i det foreliggende tilfælde. Desuden kunne det kun ved at anvende kriteriet om den private investor afklares, om der var forskel på omkostningerne.

47 Retten fandt for det femte, at selv om omkostningerne ved en rekapitalisering til et beløb på 14,119 mia. FRF havde andraget 0 FRF for den franske stat og 5,88 mia. FRF for en privat investor, ville denne forskel på omkostningerne under alle omstændigheder ikke have været til hinder for at anvende kriteriet om den private investor.

48 I præmis 283 i dommen i sag T-156/04 forkastede Retten Kommissionens argumentation om, at det kunne føre til, at enhver form for skattefritagelse, der blev indført af medlemsstaterne, måtte godkendes, hvis det blev tilladt at påberåbe sig kriteriet om den private investor. Retten anførte herved, dels at der i det foreliggende tilfælde ikke var tale om, at der var blevet indrømmet en virksomhed en ren skattelettelse, men om, at der var givet afkald på et skattetilgodehavende i forbindelse med en forhøjelse af kapitalen i en virksomhed, hvori staten var eneaktionær, dels at det på forhånd ikke kunne vides, hvilket resultat det ville føre til at anvende kriteriet, da dette i så fald ville være formålsløst.

I. Dommen i sag C-124/10 P

49 Den 26. februar 2010 iværksatte Kommissionen appel til prøvelse af dommen i sag T-156/04.

50 Ved dommen i sag C-124/10 P forkastede Domstolen denne appel med følgende begrundelse:

»16 Ved skrivelse af 16. oktober 2002, offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* den 16. november 2002 (EFT [2002,] C 280, s. 8), meddelte Kommissionen de franske myndigheder tre samlede beslutninger vedrørende EDF. Navnlig traf Kommissionen i overensstemmelse med artikel 88, stk. 2, EF beslutning om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure vedrørende den fordel, det indebar, at EDF ikke havde betalt selskabsskat af den del af de regnskabsmæssige hensættelser til fornyelse af RAG, der var foretaget skattefrit.

[…]

19 Denne beslutnings artikel 3 bestemmer:

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

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

[…]

21 Hvad angår den skattefordel, som EDF har nydt godt af i 1997, har Kommissionen i begrundelsen for samme beslutning navnlig anført følgende:

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

(89) Til gengæld er en del af [hensættelserne], [koncessionsgivers rettigheder] svarende til allerede gennemførte udskiftningsoperationer, i overensstemmelse med artikel 4 i lov nr. 97-1026 […] blevet omposteret under kapitaltilførsel til et beløb af 14,119 mia. FRF, uden at der er opkrævet selskabsskat herfor. […] I et notat fra [generaldirektoratet for skatter og afgifter] til Kommissionen dateret den 9. april 2002 [konstaterer] de franske myndigheder, at […] »den således opnåede skattefordel [for EDF i 1997] kan fastsættes til 5,88 mia. FRF (14,119 × 41,66%)«, svarende til 888,89 mio. EUR […]

[…]

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

[…]

(95) Efter de franske myndigheders opfattelse svarer den regnskabsmæssige ompostering i 1997 i øvrigt til en supplerende kapitaltilførsel på et beløb svarende til den delvise skattefritagelse. Der er således tale om en investering fra deres side og ikke om støtte […]

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

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

[…]

35 Retten konkluderede […] i dommens præmis 253, at henset til, at den omtvistede foranstaltning skulle vurderes i sin sammenhæng, kunne Kommissionen ikke indskrænke sig til kun at undersøge de skattemæssige virkninger, men måtte samtidig undersøge, om der var grundlag for argumentationen om, at afkaldet på skattetilgodehavendet inden for rammerne af omstruktureringen af EDF's balance og af forhøjelsen af virksomhedens kapital, kunne anses for at være en foranstaltning, der opfyldte kriteriet om den private investor.

[…]

51 Kommissionen har fremsat to anbringender til støtte for sin appel. Det første anbringende vedrører en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, og det andet anbringende vedrører en retlig fejl ved fortolkningen af artikel 87 EF og nærmere bestemt ved fastsættelsen af anvendelsesområdet for og indholdet af kriteriet om en opmærksom privat investor i et samfund med markedsøkonomi.

52 Det andet anbringende skal undersøges først.

Det andet anbringende om en retlig fejl med hensyn til fortolkningen af artikel 87 EF

53 Det andet anbringende kan inddeles i fire led, som bør behandles samlet.

Parternes argumenter

[…]

Domstolens bemærkninger

75 Kommissionen, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Iberdrola foreholder i det væsentlige Retten, at den ved undersøgelsen af spørgsmålet om, hvorvidt kriteriet om den private investor finder anvendelse i den foreliggende sag, for det første har taget hensyn til det mål, som den franske stat forfulgte, da den vedtog den omtvistede foranstaltning, for det andet har sammenblandet rollen som staten, der er aktionær, med rollen som staten, der udøver sine beføjelser på skatteområdet, for det tredje har tilsidesat princippet om ligebehandling af offentlige og private virksomheder og for det fjerde har tilsidesat reglerne om fordelingen af bevisbyrden.

76 Det følger af retspraksis, at en foranstaltning, som ydes ved hjælp af statsmidler, som giver den begunstigede virksomhed en gunstigere økonomisk stilling end dens konkurrenter, og som af denne grund både fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene og påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, ikke uden videre kan falde uden for begrebet »støtte« i traktatens artikel 87 EF på grund af de af nævnte stat forfulgte mål (jf. i denne retning dom af 19.5.1999, sag C-6/97, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2981, præmis 15, af 19.9.2000, sag C-156/98, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 6857, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis, og af 9.6.2011, forenede sager C-71/09 P, C-73/09 P og C-76/09 P, Comitato »Venezia vuole vivere« m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 4727, præmis 94 og den deri nævnte retspraksis).

77 I denne bestemmelses stk. 1 sondres der nemlig ikke mellem grundene til eller hensigten med de statslige interventioner, men bestemmelsen definerer dem alene efter deres virkninger (jf. dommen i sagen Comitato »Venezia vuole vivere« m.fl. mod Kommissionen, præmis 94 og den deri nævnte retspraksis).

78 Det fremgår imidlertid også af fast retspraksis, at de betingelser, som en foranstaltning skal opfylde for at være omfattet af begrebet »støtte« som omhandlet i artikel 87 EF, ikke er opfyldt, hvis den begunstigede offentlige virksomhed kunne opnå den samme fordel som den, der er blevet stillet til rådighed for den ved hjælp af statens midler, på vilkår, der svarer til normale markedsvilkår, idet denne vurdering for offentlige virksomheder i princippet skal ske under anvendelse af kriteriet om den private investor (jf. i denne retning dom af 21.3.1991, sag C-303/88, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 1433, præmis 20, og af 16.5.2002, sag C-482/99, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4397, præmis 68-70, samt dommen i sagen Comitato »Venezia vuole vivere« m.fl. mod Kommissionen, præmis 91 og den deri nævnte retspraksis).

79 Navnlig fremgår det af retspraksis, at der med henblik på vurderingen af, om den samme foranstaltning ville være blevet truffet under normale markedsvilkår af en privat investor, som befinder sig i en situation, som ligger så tæt som muligt på den situation, som staten befinder sig i, kun skal tages hensyn til de fordele og forpligtelser, som er forbundet med sidstnævntes situation i dens egenskab af aktionær, og ikke dem, som er forbundet med dens egenskab af offentlig myndighed (jf. i denne retning domme af 10.7.1986, sag 234/84, Belgien mod Kommissionen, Sml. s. 2263, præmis 14, og sag 40/85, Belgien mod Kommissionen, Sml. s. 2321, præmis 13, samt dom af 14.9.1994, forenede sager C-278/92 – C-280/92, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 4103, præmis 22, og af 28.1.2003, sag C-334/99, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 1139, præmis 134).

80 Det følger heraf, at der skal foretages en sondring mellem statens rolle som aktionær i en virksomhed på den ene side og staten, der handler som offentlig myndighed, på den anden side, som Kommissionen, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Iberdrola med rette har anført, og som Retten har fastslået i den appellerede doms præmis 223-228.

81 Følgelig afhænger anvendelsen af kriteriet om den private investor i sidste ende af, om den omhandlede medlemsstat i sin egenskab af aktionær og ikke i sin egenskab af offentlig myndighed indrømmer en økonomisk fordel til en virksomhed, som tilhører den.

82 Det følger heraf, at det, hvis en medlemsstat under den administrative procedure påberåber sig nævnte kriterium, tilkommer den i tvivlstilfælde utvetydigt og på grundlag af objektive elementer, som kan efterprøves, at føre bevis for, at beslutningen om at gennemføre foranstaltningen blev truffet i dens egenskab af aktionær.

83 Det skal af disse elementer klart fremgå, at den pågældende medlemsstat forud for eller samtidigt med indrømmelsen af den økonomiske fordel (jf. i denne retning dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen, præmis 71 og 72) har besluttet ved den foranstaltning, som faktisk er blevet gennemført, at investere i den kontrollerede offentlige virksomhed.

84 Der kan i denne forbindelse kræves beviser, hvoraf fremgår, at denne beslutning er baseret på økonomiske vurderinger, som kan sammenlignes med dem, som en rationel privat investor, som befinder sig i en situation, som ligger så tæt som muligt på den situation, som nævnte medlemsstat befinder sig i, under de foreliggende omstændigheder ville have udført inden at foretage en sådan investering med henblik på at fastslå den fremtidige rentabilitet af en sådan investering.

85 Derimod er økonomiske vurderinger foretaget efter tildelingen af nævnte fordel, den efterfølgende konstatering af, at den af den pågældende medlemsstat foretagne investering reelt var rentabel, eller efterfølgende begrundelser for valget af den fremgangsmåde, som blev fulgt, ikke tilstrækkelige til at godtgøre, at denne medlemsstat forud for eller samtidigt med denne tildeling har truffet en sådan beslutning i sin egenskab af aktionær (jf. i denne retning dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen, præmis 71 og 72).

86 Hvis den pågældende medlemsstat for Kommissionen fremlægger beviser af den art, som kræves, tilkommer det sidstnævnte at foretage en samlet vurdering, som ud over de af denne medlemsstat fremlagte beviser, skal tage hensyn til alle andre relevante beviser i sagen, som gør det muligt for den at afgøre, om beslutningen om at gennemføre den omhandlede foranstaltning er blevet truffet af nævnte medlemsstat i dens egenskab af aktionær eller dens egenskab af offentlig myndighed. Af relevans i denne forbindelse er navnlig, som Retten fastslog i den appellerede doms præmis 229, denne foranstaltnings art og indhold, baggrunden herfor såvel som det forfulgte mål og de bestemmelser, som nævnte foranstaltning er omfattet af.

87 Det følger heraf, at det under de foreliggende omstændigheder er med rette, at Retten fastslog, at det af den franske stat forfulgte mål kunne tages i betragtning inden for rammerne af den overordnede bedømmelse, som krævedes, for at fastslå, om nævnte stat havde handlet som aktionær, og om kriteriet om den private investor derfor fandt anvendelse i den foreliggende sag.

88 Hvad angår spørgsmålet, om der i den foreliggende sag kunne ses bort fra anvendeligheden af kriteriet om den private investor alene på grund af den skattemæssige art af de midler, som den franske stat har anvendt, bemærkes, at efter 87, stk. 1, EF er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som i kraft af sin virkninger fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene, uforenelig med fællesmarkedet, i det omfang den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne (jf. dommen af 19.9.2000 i sagen Tyskland mod Kommissionen, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

89 Som anført i denne doms præmis 78, tilsigter anvendelsen af kriteriet om den private investor af fastslå, om den økonomiske fordel, uanset sin form, som ved hjælp af statens midler er blevet indrømmet en offentlig virksomhed i kraft af sine virkninger kan fordreje eller true konkurrencen og påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

90 Denne bestemmelse og dette kriterium tilsigter at forhindre, at den begunstigede offentlige virksomhed ved hjælp af statslige midler gives en gunstigere økonomisk stilling end sine konkurrenter (jf. i denne retning dom af 15.3.1994, sag C-387/92, Banco Exterior de España, Sml. I, s. 877, præmis 14, og dommen af 19.5.1999 i sagen Italien mod Kommissionen, præmis 16).

91 Den økonomiske situation for den begunstigede offentlige virksomhed afhænger imidlertid ikke af den form, hvorunder fordelen stilles til rådighed, uanset arten heraf, men af det beløb, som den i sidste ende nyder godt af. Det er således uden at begå en retlig fejl, at Retten fokuserede sin analyse af spørgsmålet om, hvorvidt kriteriet om den private investor finder anvendelse på forbedringen af EDF's økonomiske situation med henblik på åbningen af elektricitetsmarkedet for konkurrence og virkningerne af den omhandlede foranstaltning, på konkurrencen og ikke på den skattemæssige karakter af de midler, som den franske stat har anvendt.

92 Det følger af det foregående, at henset til målene med artikel 87, stk. 1, EF og kriteriet om den private investor skal en økonomisk fordel, selv hvis den indrømmes ved hjælp af skattemæssige foranstaltninger, navnlig bedømmes i lyset af kriteriet om den private investor, hvis det under den samlede vurdering, som i givet fald kræves, viser sig, at den pågældende medlemsstat til trods for, at den har anvendt sådanne midler, som henhører under den offentlige myndighed, har indrømmet nævnte fordel i sin egenskab af aktionær i virksomheden, som tilhører den.

93 Heraf følger, at Rettens konstatering i den appellerede doms præmis 250, hvorefter der består en forpligtelse for Kommissionen til at undersøge, om staten har indskudt kapitalen under omstændigheder, der svarer til normale markedsvilkår, uafhængigt af, under hvilken form staten har indskudt kapitalen, ikke er behæftet med nogen retlig fejl.

94 Hvad angår det argument, der er fremsat af Kommissionen, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Iberdrola, hvorefter en privat investor ikke kunne foretage en investering som den, den franske stat foretog, under lignende betingelser, eftersom den ville skulle betale skat, og kun den nævnte stat som skattemyndighed kunne råde over beløb svarende til denne skat, bemærkes for det første, at hvad angår den omhandlede regnskabsmæssige disposition er det den private virksomhed, som befinder sig i en situation, som den EDF befinder sig i, og ikke dens aktionær, som ville skulle betale nævnte skat.

95 I den foreliggende sag ville anvendelsen af kriteriet om den private investor således have gjort det muligt at fastslå, om en privat aktionær under lignende omstændigheder ville have tilført et beløb svarende til den skat, som skulle betales, i en virksomhed, som befandt sig i en situation, som kunne sammenlignes med den situation, som EDF befandt sig i.

96 For det andet bemærkes, at som Retten har anført i den appellerede doms præmis 275 og 276, er en eventuel forskel mellem de omkostninger, som afholdes af en privat investor, og de omkostninger, som påhviler staten som investor, ikke til hinder for anvendelsen af kriteriet om den private investor. Dette kriterium gør det således netop muligt at fastslå, om der består en sådan forskel og tage hensyn hertil ved bedømmelsen af spørgsmålet, om de betingelser, der er fastsat ved dette kriterium, er opfyldt.

97 Det følger heraf, at den af Retten foretagne analyse, i modsætning til hvad Kommissionen, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Iberdrola har anført, ikke tilsidesætter princippet om ligebehandling af offentlige og private virksomheder, ikke indebærer en fordrejning af konkurrencen og ikke er i strid med de mål, som forfølges med anvendelsen af kriteriet om den private investor.

98 Retten begik derfor ikke en retlig fejl, da den fandt, at kriteriet om den private investor kan anvendes, selv i tilfælde hvor midler af skattemæssig art er blevet anvendt.

99 Det bemærkes endvidere, at Retten med den appellerede dom hverken foregreb anvendeligheden i den foreliggende sag af dette kriterium eller, som anført i dommens præmis 283, resultatet af en eventuel anvendelse af dette kriterium.

100 Ved at begrænse sig til at efterprøve, om der kunne ses bort fra anvendeligheden af kriteriet om den private investor alene på grundlag af den skattemæssige karakter af de midler, der var anvendt af den franske stat, foretog Retten navnlig på ingen måde en analyse, som resulterer i, at medlemsstaterne ved anvendelsen af dette kriterium kan tage hensyn til de fordele og forpligtelser, der er forbundet med deres egenskab af offentlig myndighed, eller elementer, som er subjektive, eller som kan manipuleres.

101 Hvad angår spørgsmålet, om det i den foreliggende sag var nødvendigt at fastsætte en investor, som udgjorde et sammenligningsgrundlag, bemærkes, at den retspraksis, som Kommissionen, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Iberdrola i denne forbindelse har henvist til, omhandler det forhold, at det ikke er muligt at sammenligne situationen for en offentlig virksomhed med situationen for en privat virksomhed, som ikke opererer på et monopoliseret marked (jf. i denne retning dom af 3.7.2003, forenede sager C-83/01 P, C-93/01 P og C-94/01 P, Chronopost m.fl. mod Ufex m.fl., Sml. I, s. 6993, præmis 38).

102 Kommissionen, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Iberdrola har ikke anført, at det er umuligt at sammenligne EDF's situation med situationen for en privat virksomhed, som opererer i sektorer, som er identiske med de sektorer, som EDF opererer i. Det fremgår desuden af den samme retspraksis, at det for at foretage en sådan sammenligning er nødvendigt at foretage en bedømmelse under henvisning til de foreliggende objektive elementer, som kan efterprøves.

103 I modsætning til, hvad Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden har anført, udgør kriteriet om den private investor desuden ikke en undtagelse, som kun finder anvendelse efter anmodning fra en medlemsstat, når de elementer, som udgør en statsstøtte, der er uforenelig med fællesmarkedet som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF, foreligger. Det fremgår således af denne doms præmis 78, at dette kriterium, når det finder anvendelse, er blandt de elementer, som Kommissionen har pligt til at tage hensyn til for at fastslå, om der foreligger en sådan støtte.

104 Det følger heraf, at det, når det viser sig, at kriteriet om den private investor kan finde anvendelse, tilkommer Kommissionen at anmode den pågældende medlemsstat om at give den alle relevante oplysninger, som sætter den i stand til at undersøge, om betingelserne for anvendelighed og anvendelse af dette kriterium er opfyldt, og den kan kun nægte at undersøge sådanne oplysninger, hvis de fremlagte beviser er blevet fastlagt efter vedtagelsen af beslutningen om at foretage den pågældende investering.

105 Som allerede anført i denne doms præmis 83-85, er kun de beviser, som var til rådighed på det tidspunkt, hvor beslutningen om at foretage investeringen blev truffet, og de udviklinger, som kunne forudsiges på dette tidspunkt, relevante med henblik på anvendelsen af kriteriet om den private investor. Dette er navnlig tilfældet, når, som i den foreliggende sag, Kommissionen undersøger, om der er tale om statsstøtte i forhold til en investering, som den ikke er blevet underrettet om, og som allerede er blevet gennemført af den pågældende medlemsstat på det tidspunkt, hvor den foretager sin undersøgelse.

106 Henset til det foregående skal det andet anbringende forkastes.

Det første anbringende om en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder

107 Det er i det væsentlige Kommissionens opfattelse, at Retten foretog en urigtig gengivelse af beviserne, da den fandt, at Den Franske Republik ved den omtvistede foranstaltning konverterede et skattetilgodehavende til kapital. Ifølge Kommissionen har Den Franske Republik med denne foranstaltning indrømmet EDF en fritagelse for selskabsskat. Kommissionen har anført, at ved en skattefritagelse er kriteriet om den private investor ikke relevant.

108 Det er imidlertid i forbindelse med undersøgelsen af det andet anbringende blevet konstateret, at når en medlemsstat indrømmer en virksomhed, som tilhører den, en økonomisk fordel, er den skattemæssige karakter af den fremgangsmåde, som anvendes for at tildele nævnte fordel, ikke tilstrækkelig til, at det kan udelukkes, at kriteriet om den private investor finder anvendelse. Det følger så meget desto mere heraf, at den fremgangsmåde, som den pågældende medlemsstat har valgt, er helt uden relevans for vurderingen af, om nævnte kriterium finder anvendelse.

109 Under disse betingelser kan Rettens påståede urigtige gengivelse af de faktiske omstændigheder, selv dersom den fandtes godtgjort, under alle omstændigheder ikke påvirke korrektheden af den appellerede dom. Det følger heraf, at det første anbringende skal forkastes som irrelevant.

110 Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at appellen skal forkastes.«

J. Udvidelsesafgørelsen

51 I forlængelse af dommen i sag C-124/10 P vedtog Kommissionen udvidelsesafgørelsen.

52 Der bør især lægges mærke til udvidelsesafgørelsens punkt 58-73, hvori Kommissionen for det første undersøgte anvendeligheden af kriteriet om den private investor og for det andet subsidiært undersøgte anvendelsen af dette kriterium på den omhandlede foranstaltning.

53 Med hensyn til kriteriets anvendelighed konkluderede Kommissionen følgende:

»66. Det følger heraf, at det på dette stadium ud fra en overordnet bedømmelse af de foreliggende omstændigheder – og med forbehold af de præciseringer, som de franske myndigheder er blevet bedt om, vedrørende de gældende regler for forudgående tildeling af skattemidler til investering i en kapitaltilførsel til en virksomhed som EDF i 1997, samt andre objektive elementer, som kan efterprøves, og som viser, at de har til hensigt at foretage en investering ved hjælp af den

omhandlede skatteforanstaltning – må antages, at denne foranstaltning er blevet truffet af Den Franske Republik i dens egenskab af offentlig myndighed, og at princippet om den private investor dermed ikke er anvendeligt ifølge de kriterier, som [Domstolen] har angivet.«

54 Med hensyn til kriteriets anvendelse konkluderede Kommissionen følgende:

»71. [I mangel af elementer som dem, der kræves i dommen i sag C-124/10 P], er det […] ikke på dette stadium bevist, at en privat aktionær under lignende omstændigheder ville have tilført et beløb svarende til den skyldige skat i en virksomhed, der befandt sig i en situation, som kunne sammenlignes med den situation, som EDF befandt sig i. EDF's manglende betaling af [888,89 mio. EUR i] selskabsskat i 1997 synes derfor ikke at være en produktiv investering fra den statslige aktionærs side, men snarere en undtagelsesforanstaltning af rent skattemæssig art, som kan have sikret EDF en økonomisk fordel.

72. En sådan fordel styrker nødvendigvis EDF's stilling i forhold til virksomhedens konkurrenters, eftersom egenkapitalbeløbet blandt andre faktorer bestemmer en virksomheds eksterne finansieringskapacitet. Den medfører dermed en fordrejning af konkurrencen i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF. Fordelen vil uundgåeligt være selektiv, idet den manglende betaling af selskabsskat af en del af de regnskabsmæssige henlæggelser udgør en undtagelse i forhold til den normale skattemæssige behandling af en sådan transaktion, og denne undtagelse i det foreliggende tilfælde udelukkende fandt anvendelse på EDF.«

K. Den anfægtede afgørelse

55 Ved den anfægtede afgørelse erklærede Kommissionen støtteordningen for EDF uforenelig med det indre marked og krævede støtten tilbagebetalt med tillæg af renter.

56 Kommissionen begrundede dette på følgende måde i den anfægtede afgørelse.

57 For det første gennemgik Kommissionen i 62.-108. betragtning til den anfægtede afgørelse de argumenter, som Den Franske Republik og EDF havde fremført under den formelle undersøgelsesprocedure, der blev udvidet i forlængelse af udvidelsesafgørelsen.

58 For det andet beskrev Kommissionen den omtvistede foranstaltnings indhold i 113.-123. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvorefter den fastslog, at den manglende opkrævning af skat i forbindelse med, at koncessionsgivers rettigheder blev omposteret som kapital, umiddelbart udgjorde en selektiv fordel for EDF.

59 For det tredje henviste Kommissionen i 124. betragtning til den anfægtede afgørelse til den argumentation, som Den Franske Republik havde fremført i sit indlæg af 11. december 2002, og hvorefter den manglende skatteopkrævning må betragtes som en supplerende kapitaltilførsel af samme størrelse som den skat, der skulle have været betalt.

60 For det fjerde mindede Kommissionen om, at Domstolen i præmis 99 i dommen i sag C-124/10 P havde fastslået, at Retten hverken havde foregrebet anvendeligheden i det foreliggende tilfælde af kriteriet om en fornuftig investor i en markedsøkonomi eller resultatet af den eventuelle anvendelse af dette kriterium på den omtvistede foranstaltning.

61 For det femte undersøgte Kommissionen dernæst i 126.-153. betragtning til den anfægtede afgørelse, om kriteriet om den private investor var anvendeligt, i lyset af de præciseringer herom, som Domstolen kom med i dommen i sag C-124/10 P. Kommissionen analyserede i denne forbindelse de

faktorer, der vedrørte den hævdede investeringsbeslutning, de økonomiske vurderinger, der blev foretaget for at fastslå, om investeringen var rentabel, den omtvistede foranstaltnings art og indhold, baggrunden for den sidstnævnte beslutning og de bestemmelser, som den var omfattet af.

62 Efter denne analyse fastslog Kommissionen følgende:

»154. De allerfleste af ovennævnte faktorer viser klart, at [Den Franske Republik] hverken før eller samtidig med tildelingen af den økonomiske fordel gennem den manglende indbetaling af selskabsskat traf beslutning om ved skattefritagelse at foretage en investering i EDF. Derfor forekommer det markedsøkonomiske investorprincip ikke at være anvendeligt på denne foranstaltning. Nedenstående overvejelser om anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip har derfor subsidiær karakter.«

63 I 155.-193. betragtning til den anfægtede afgørelse undersøgte Kommissionen dernæst, om kriteriet om den private investor – forudsat at det fandt anvendelse – var opfyldt i det foreliggende tilfælde.

64 Efter denne analyse fastslog Kommissionen følgende:

»191. Selv om det markedsøkonomiske investorprincip havde været anvendeligt, er det ud fra anvendelsen af testen af det markedsøkonomiske investorprincip på grundlag af den dokumentation, som de franske myndigheder har fremsendt til belysning af udsigterne for rentabiliteten og de risici, der er knyttet til den påståede investering i form af skattefritagelse, muligt at konkludere, at en fornuftig privat investor ikke ville have investeret et beløb lig med den skyldige skat i kapitalforhøjelsen i EDF i 1997.

192. EDF's manglende betaling af 5,88 mia. FRF i selskabsskat forekommer ikke at være en produktiv investering foretaget af staten som aktionær ved anvendelse af det markedsøkonomiske investorprincip. Den forekommer snarere at være en undtagelsesvis og enkeltstående skattefritagelsesforanstaltning, som har skaffet EDF en økonomisk fordel svarende til beløbet for den ubetalte skat. En sådan fordel styrker nødvendigvis EDF's stilling i forhold til virksomhedens konkurrenters, eftersom egenkapitalbeløbet blandt andre faktorer bestemmer en virksomheds kapacitet og eksterne finansieringsvilkår, mens de således sparede midler i øvrigt har kunnet bruges til andre formål såsom bl.a. investeringen i Frankrig eller andre medlemsstater, hvor konkurrenterne drev virksomhed i 1997.

193. Den økonomiske fordel medfører dermed en fordrejning af konkurrencen i henhold til artikel 107, stk. 1, i TEUF. Fordelen er selektiv, idet den manglende betaling af selskabsskat af en del af de regnskabsmæssige henlæggelser udgør en undtagelse i forhold til den normale skattemæssige behandling af en sådan transaktion, og denne undtagelse i det foreliggende tilfælde blev anvendt alene på EDF.«

65 Efter at have fastslået, at der var tale om anvendelse af statsmidler (194. og 195. betragtning til den anfægtede afgørelse), at der forelå konkurrencefordrejning og indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne (196.-206. betragtning til den nævnte afgørelse), og at støtten var uforenelig med det indre marked (207.-215. betragtning til denne afgørelse), erklærede Kommissionen, at den omtvistede foranstaltning udgjorde støtte, der var uforenelig med det indre marked, og krævede støtten tilbagebetalt.

II. Retsforhandlingerne og parternes påstande

66 EDF har anlagt den foreliggende sag ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 22. december 2015.

67 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 20. april 2016 har Den Franske Republik anmodet om tilladelse til at indtræde i sagen til støtte for EDF's påstande. Ved afgørelse af 24. maj 2016 har formanden for Rettens Tredje Afdeling taget denne anmodning til følge. Intervenienten har indgivet skriftligt indlæg, og hovedparterne har fremsat bemærkninger hertil inden for de fastsatte frister.

68 Som følge af en ændring af sammensætningen af Rettens afdelinger i henhold til artikel 27, stk. 5, i Rettens procesreglement er den refererende dommer blevet tilknyttet Tredje Afdeling, hvortil den foreliggende sag følgelig er blevet henvist.

69 Den 26. september 2016 er det blevet forkyndt for parterne, at retsforhandlingernes skriftlige del er afsluttet. Parterne har ikke anmodet om afholdelse af et retsmøde inden for fristen på tre uger efter denne forkyndelse som foreskrevet i procesreglementets artikel 106, stk. 2.

70 Ved afgørelse forkyndt for parterne den 19. maj 2017 har Retten, da den finder, at sagen er tilstrækkeligt oplyst ved sagsakterne, og der ikke foreligger nogen anmodning fra parterne, meddelt, at den vil træffe afgørelse uden at indlede retsforhandlingernes mundtlige del i overensstemmelse med procesreglementets artikel 106, stk. 3.

71 Ved processkrift sendt til Rettens Justitskontor den 19. maj 2017 har sagsøgeren anmodet om afholdelse af et retsmøde på grund af sagens betydning for sagsøgeren og navnlig dens økonomiske konsekvenser.

72 Ved processkrift forkyndt den 22. maj 2017 er det blevet konstateret, at fristen for indgivelse af en anmodning om afholdelse af retsmøde er udløbet den 31. oktober 2016, og at denne anmodning derfor er blevet fremsat efter udløbet af fristen i procesreglementets artikel 106, eftersom sagsøgeren ikke har påberåbt sig forhold med henblik på at fastlægge, at der foreligger omstændigheder, som ikke kunne forudses, eller force majeure i overensstemmelse med artikel 45 i statutten for Den Europæiske Unions Domstol, der finder anvendelse på lovbestemte frister som den omhandlede.

73 Den 20. september 2017 afsagde Domstolen dom i sagen Kommissionen mod Frucona Košice, C-300/16 P (EU:C:2017:706, herefter »Frucona Košice-dommen«), hvorved den forkastede appellen iværksat til prøvelse af dom af 16. marts 2016, Frucona Košice mod Kommissionen (T-103/14, EU:T:2016:152).

74 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 3. oktober 2017 har sagsøgeren anmodet om, at der iværksættes mundtlige eller skriftlige forhandlinger mellem parterne om Frucona Košice-dommens konsekvenser for den foreliggende sag.

75 Ved afgørelse af 12. oktober 2017 har Retten besluttet at genåbne den skriftlige forhandling og at lade sagsøgerens anmodning indgå i sagsakterne og har opfordret parterne til at fremsætte skriftlige bemærkninger om de konsekvenser, som Frucona Košice-dommen efter deres opfattelse kan få for den foreliggende sag.

76 Parterne har fulgt denne opfordring inden for de fastsatte frister.

77 Den 9. november 2017 har formanden for Ottende Afdeling truffet afgørelse om at afslutte retsforhandlingernes skriftlige del. Denne afgørelse er blevet forkyndt for parterne, som er blevet oplyst op, at denne forkyndelse ikke bevirker, at den i procesreglementets artikel 106 fastsatte frist for indgivelse af en anmodning om afholdelse af retsmøde begynder at løbe.

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

– Principalt annulleres den anfægtede afgørelses artikel 1-5.

– Subsidiært annulleres den anfægtede afgørelses artikel 1-3.

– Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

79 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

– Frifindelse.

– EDF tilpligtes at betale sagsomkostningerne, og Den Franske Republik tilpligtes at betale de omkostninger, der er påløbet efter dens intervention.

III. Retlige bemærkninger

80 EDF har fremsat fire principale anbringender og to subsidiære anbringender til støtte for søgsmålet.

81 Det første principale anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 266 TEUF, for så vidt som Kommissionen både tilsidesatte konklusionen i dommen i sag T-156/04 og dens begrundelse.

82 Det andet principale anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 107 TEUF, for så vidt som Kommissionen begik såvel retlige som faktiske fejl ved undersøgelsen af anvendeligheden af kriteriet om den private investor.

83 Det tredje principale anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 107 TEUF, for så vidt som Kommissionen begik såvel retlige som faktiske fejl ved undersøgelsen af anvendelsen af kriteriet om den private investor.

84 Det fjerde principale anbringende vedrører en mangelfuld begrundelse for den anfægtede afgørelse.

85 Det første subsidiære anbringende vedrører dels den omstændighed, at de omhandlede foranstaltninger, hvis det forudsættes, at de kan kvalificeres som støtte, for størstedelens vedkommende skal betragtes som eksisterende støtte i henhold til artikel 1, litra b), nr. v), i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelse af artikel [88 EF] (EFT 1999, L 83, s. 1), idet de blev iværksat, før liberaliseringen af elsektoren var gennemført i praksis, dels den omstændighed, at de for størstedelens vedkommende skal betragtes som forældede som omhandlet i den nævnte forordnings artikel 15, stk. 1.

86 Med det andet subsidiære anbringende har EDF anført, at den anfægtede afgørelse under alle omstændigheder indeholder flere beregningsfejl, der rejser tvivl om dens gyldighed.

87 Den Franske Republik finder, at EDF's anbringender bør tages til følge, men har kun fremsat bemærkninger vedrørende de tre første anbringender, der er fremsat principalt.

A. Det første principale anbringende

1. Parternes argumenter

88 EDF har med støtte af Den Franske Republik anført, at Kommissionen tilsidesatte artikel 266 TEUF ved ikke at rette sig efter dommen i sag T-156/04, for så vidt som Kommissionen for det første i den anfægtede afgørelse fandt, at indledningsbeslutningen ikke var behæftet med uregelmæssigheder, og at den derfor kunne danne grundlag for en ny afgørelse, selv om indledningsbeslutningen efter EDF's opfattelse byggede på en unøjagtig fremstilling af de faktiske omstændigheder, som netop

foranledigede Retten til at annullere den endelige beslutning, der var støttet på denne fejlagtige fremstilling af de faktiske omstændigheder. Den anfægtede afgørelse er således behæftet med materielle fejl og unøjagtigheder svarende til dem, der lå til grund for annullationen af den endelige beslutning.

89 Det er for det andet EDF's opfattelse, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse fortsat støttede sin vurdering på en foranstaltning – en skattegave i form af den uberettigede skattelettelse, som virksomheden blev indrømmet – selv om Retten udtrykkeligt forkastede denne fremstilling af de faktiske omstændigheder i sin dom i sag T-156/04.

90 EDF har anført, at Kommissionen stadig – også i svarskriftet – adskiller den foranstaltning, som faktisk er blevet gennemført, dvs. forøgelsen af virksomhedens kapital som følge af opførelsen af hensættelserne til fornyelse under posten »Kapitaltilførsler«, fra en af de skattemæssige virkninger heraf, nemlig den manglende beskatning af »koncessionsgivers rettigheder«, selv om Retten afviste denne tilgang og kvalificerede skrivelsen af 22. december 1997 som et dokument, der præciserede den foranstaltning, som var gennemført, og som efter Rettens opfattelse var den rekapitalisering af virksomheden, der skete ved lov nr. 97-1026. EDF mener således, at Retten i forbindelse med rekapitaliseringsforanstaltningen ikke sondrede mellem arten og behandlingen af de forskellige elementer i hensættelserne til fornyelse.

91 EDF finder, at Kommissionen således støttede sit ræsonnement på en sammenblanding af den omtvistede foranstaltnings kvalificering, dvs. spørgsmålet om, hvorvidt der forelå statsstøtte eller ej, og dens identificering. Ifølge EDF tog Retten således ikke stilling til den omtvistede foranstaltnings kvalificering i forhold til anvendeligheden eller anvendelsen af kriteriet om den private investor, men identificerede derimod denne foranstaltning præcist. En sådan konstatering med hensyn til de faktiske omstændigheder er imidlertid ikke blot en nødvendig forudsætning for enhver efterfølgende retlig vurdering, men i særdeleshed forbeholdt Retten, der har enekompetence til at fastlægge disse omstændigheder. Kommissionens argumenter om, at Retten ikke kvalificerede de faktiske omstændigheder endeligt, savner som følge heraf grundlag i de faktiske omstændigheder.

92 EDF har præciseret, at det i denne forbindelse skal undersøges, i hvilken udstrækning den beskrivelse af de faktiske omstændigheder, der er indeholdt i den anfægtede afgørelse, afviger fra Rettens beskrivelse af de faktiske omstændigheder, og dernæst om Rettens konstateringer med hensyn til faktiske omstændigheder var en begrundelse, som udgjorde det nødvendige grundlag for, at Retten i 2009 valgte at annullere den oprindelige beslutning.

93 Ifølge EDF identificerede Retten den omhandlede foranstaltning som den rekapitalisering, der skete ved lov nr. 97-1026 uden sondring mellem de hensættelser, der blev omposteret som kapitaltilførsel, hvorimod Kommissionen fortsat kun tager hensyn til den manglende beskatning af en del af de nævnte hensættelser. Virksomheden har heraf udledt, at Kommissionen ganske vist har »taget højde« for den rekapitalisering, der skete ved den nævnte lov, men kun som et baggrundselement og ikke som et element i selve den omhandlede foranstaltning.

94 Kritikken af Kommissionens delvise identificering af den omhandlede foranstaltning var imidlertid udgangspunktet og selve forudsætningen for det ræsonnement, som Retten lagde til grund, og som resulterede i, at den annullerede den oprindelige beslutning. Foranstaltningens identificering var som følge heraf et retsspørgsmål, som Retten rent faktisk og nødvendigvis skulle tage stilling til, og dermed også en begrundelse, som udgjorde det nødvendige grundlag for konklusionen i dommen i sag T-156/04.

95 Kommissionen er ikke enig i denne argumentation

2. Rettens bemærkninger

96 Hvad angår retskraft har Domstolen fastslået, at såvel hensynet til at sikre en stabil retstilstand og stabile retlige relationer som retsplejehensyn gør det påkrævet, at retsafgørelser, der er blevet endelige, efter at de hjemlede appelmuligheder er udnyttet, eller efter at appelfristerne er udløbet, ikke længere kan anfægtes (dom af 19.4.2012, Artegodan mod Kommissionen, C-221/10 P, EU:C:2012:216, præmis 86).

97 Hertil kommer dels, at retskraften alene vedrører de faktiske og retlige omstændigheder, som den pågældende retsafgørelse rent faktisk eller nødvendigvis har taget stilling til. Dels vedrører denne retskraft ikke kun denne retsafgørelses konklusion, men omfatter præmisserne i den nævnte retsafgørelse, som udgør det nødvendige grundlag for dennes konklusion og derfor ikke kan adskilles fra den (dom af 19.4.2012, Artegodan mod Kommissionen, C-221/10 P, EU:C:2012:216, præmis 87).

98 Rækkevidden af retskraften af dommen i sag T-156/04 skal således fastlægges i lyset af dommen i sag C-124/10 P, som blev afsagt, efter at Kommissionen havde iværksat appel til prøvelse af dommen i sag T-156/04 (jf. i denne retning dom af 19.4.2012, Artegodan mod Kommissionen, C-221/10 P, EU:C:2012:216, præmis 88).

99 I det foreliggende tilfælde skal det for det første bemærkes, at Kommissionen i indledningsbeslutningens punkt 50 og 51 fastslog følgende:

»50. […] der må sondres mellem allerede udnyttede henlæggelser og uudnyttede henlæggelser, som udgjorde henholdsvis [18,345 mia.] FRF og [38,521 mia.] [FRF] ved udgangen af 1997.

51. Af samtlige udnyttede henlæggelser blev [14,119 mia.] FRF bogført på balancen under posten »Kapitaltilførsler«, mens restbeløbet på [4,226 mia.] FRF blev opført på forskellige opskrivningskonti. Da konverteringen ikke blev ført over resultatopgørelsen, og kapitalforhøjelserne ikke anses for at udgøre en forøgelse af selskabets nettoformue ved beregningen af selskabsskatten, har denne konvertering konsolideret den skattelettelse, som EDF nød godt af som følge af disse hensættelser.

Ifølge de franske myndigheder kan den fordel, som EDF har nydt godt af i kraft af skattelettelsen, ansættes til [5,883 mia.] FRF [14 119 × 41,67%].«

100 For det andet anførte Kommissionen i 91. og 99. betragtning til den oprindelige beslutning, at »[…] [koncessionsgivers rettigheder] skulle have været beskattet samtidig og til samme sats som de øvrige regnskabsmæssige, skattefrie henlæggelser«, at »[d]ette betyder, at de 14,119 mia. FRF i koncessionsgivers rettigheder skulle have været lagt til de 38,5 mia. FRF i ikke udnyttede henlæggelser og beskattet til den sats på 41,66%, som de franske myndigheder har anvendt ved omposteringerne på EDF's balance«, at »[v]ed ikke at betale hele den skyldige selskabsskat ved omposteringerne på sin balance har EDF sparet 888,89 mio. EUR«, og at »EDF's manglende betaling af 888,89 mio. EUR i skat i 1997 […] dermed [udgjorde] en fordel for koncernen«.

101 Kommissionen konkluderede efter endt undersøgelse, at »EDF's manglende betaling af selskabsskat i 1997 for den del af de skattefrie henlæggelser til fornyelse af højspændingsforsyningsnettet, svarende til 14,119 mia. FRF i form af [koncessionsgivers rettigheder] omklassificeret til kapitaltilførsel, [udgjorde] statsstøtte, der [var] uforenelig med fællesmarkedet« (den oprindelige beslutnings artikel 3).

102 For det tredje præciserede Retten følgende i dommen i sag T-156/04:

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

103 I dommen i sag T-156/04 fastslog Retten dernæst følgende:

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

104 Det må konstateres, at den omtvistede foranstaltning som fastlagt af Retten vedrører »[den skattemæssige behandling af] koncessionsgivers rettigheder […] i forbindelse med [omstruktureringen] af EDF's balance«, og at Retten klandrede Kommissionen for at have undladt enhver undersøgelse af kriteriet om den private investor alene på grund af den skattemæssige karakter af denne foranstaltning, som Den Franske Republik efter Rettens opfattelse havde iværksat i sin egenskab af offentlig myndighed og for ikke at have undersøgt denne foranstaltning i den sammenhæng, hvori den indgik, dvs. rekapitaliseringen af EDF, ved vurderingen af, om kriteriet om den private investor var anvendeligt i det foreliggende tilfælde, når den omstændighed, at foranstaltningen var af skattemæssig karakter, principielt ikke var til hinder for, at dette kriterium kunne påberåbes af staten.

105 For det fjerde skal der dels henvises til præmis 16, 19, 21 og 35 i dommen i sag C-124/10 P (jf. præmis 50 ovenfor), som beskriver indholdet af den fordel, som Kommissionen og Retten identificerede, dels mindes om, at Domstolen i den nævnte doms præmis 99 fastslog, at Retten med dommen i sag T-156/04 hverken havde foregrebet anvendeligheden af kriteriet om den private investor i det foreliggende tilfælde eller resultatet af den eventuelle anvendelse af dette kriterium.

106 Det kan ikke, som EDF har hævdet, udledes af dommen i sag T-156/04, sammenholdt med navnlig præmis 87, 92, 93, 98-100 og 108 i dommen i sag C-124/10 P (der er citeret i præmis 50 ovenfor), at den foranstaltning, der skulle undersøges, i virkeligheden ikke var den manglende opkrævning af skat på koncessionsgivers rettigheder, men »den rekapitalisering, der skete ved lov nr. 97-1026 uden sondring mellem de hensættelser, der blev omposteret som kapitaltilførsel« (stævningens punkt 9 samt replikkens punkt 7 og 17), eller »[…] en foranstaltning til rekapitalisering af en virksomhed, hvori staten er aktionær«, hvilket »i sagens natur [efter Rettens opfattelse] kunne tyde på, at »staten forfulgte et investeringsmæssigt formål, der kunne sammenlignes med det, en privat investor kunne have forfulgt«« (stævningens punkt 86).

107 Kommissionen begik således ikke nogen fejl og tilsidesatte ikke retskraften af dommen i sag T-156/04, da den – efter at have genoptaget den administrative procedure – i den anfægtede afgørelse undersøgte, om kriteriet om den private investor kunne anvendes på den foranstaltning, hvorved Den Franske Republik undlod at opkræve skat i forbindelse med omposteringen af koncessionsgivers rettigheder som kapitaltilførsel (117. og 188. betragtning til den anfægtede afgørelse samt artikel 1 heri), og Kommissionen har desuden mindet om, at denne foranstaltning klart og utvetydigt blev identificeret som den omtvistede foranstaltning af Den Franske Republik i notatet af 9. april 2002, som den havde fremsendt til Kommissionen (jf. præmis 27 ovenfor).

108 Dette anbringende skal derfor forkastes.

B. Det andet principale anbringende

109 Det andet anbringende, som EDF har fremsat principalt, og hvormed EDF nærmere bestemt har gjort gældende, at Kommissionen med urette fastslog, at kriteriet om den private investor ikke var anvendeligt i det foreliggende tilfælde, er opdelt i fem led.

110 Til støtte for det første led har EDF gjort gældende, at Kommissionen uden begrundelse undlod at tage hensyn til adskillige dokumenter og beviser, der var blevet fremsendt til den, da den vurderede, om kriteriet om den private investor var anvendeligt.

111 Det andet led vedrører den omstændighed, at Kommissionen i strid med dommen i sag C-124/10 P systematisk sammenblandede de elementer, der vedrørte anvendeligheden af kriteriet om den private investor, og de elementer, der vedrørte anvendelsen af dette kriterium.

112 EDF har med det tredje led anført, at Kommissionen med urette udelukkede anvendeligheden af kriteriet om den private investor med den begrundelse, at Den Franske Republik ud over betragtninger, som var omfattet af dens egenskab af aktionær, bl.a. havde taget hensyn til betragtninger, som var omfattet af hensynet til dens egenskab af offentlig myndighed.

113 Til støtte for det fjerde led har EDF påpeget, at Kommissionen med urette fandt, at der forelå en forpligtelse til at udarbejde en formel forretningsplan med henblik på at begrunde anvendeligheden af kriteriet om den private investor.

114 Til støtte for det femte led har EDF endelig gjort gældende, at Kommissionen, hvis den ikke havde begået de forskellige retlige og faktiske fejl, havde måttet konkludere, at kriteriet om den private investor var anvendeligt, henset til denne foranstaltnings art og indhold, baggrunden herfor såvel som det forfulgte mål og de bestemmelser, som nævnte foranstaltning var omfattet af.

1. Kort gennemgang af den anfægtede afgørelse

115 Efter at have beskrevet den omtvistede foranstaltnings indhold i 113.-123. betragtning til den anfægtede afgørelse undersøgte Kommissionen, om kriteriet om den private investor var anvendeligt på denne foranstaltning, i 126.-154. betragtning hertil, der har følgende ordlyd:

»126. For at bestemme den eventuelle anvendelighed af det markedsøkonomiske investorprincip skal det fastslås ved en overordnet vurdering, om skattefritagelsen blev ydet af Den Franske Republik i egenskab af aktionær eller som offentlig myndighed. Domstolen præciserer i sin dom af 5. juni 2012 en række faktorer, der bør tages i betragtning i denne overordnede vurdering. Disse faktorer, som undersøges nærmere nedenfor i lyset af omstændighederne i det foreliggende tilfælde, er følgende:

I tvivlstilfælde påhviler det medlemsstaten entydigt og på grundlag af objektiv og verificerbar dokumentation at fastslå, at det er i egenskab af aktionær, at den har iværksat foranstaltningen. Denne dokumentation skal klart vise, at den pågældende medlemsstat forud for eller samtidig med tildelingen af den økonomiske fordel har besluttet ved den faktisk iværksatte foranstaltning at investere i den kontrollerede offentlige virksomhed.

Der kan i denne forbindelse kræves beviser for, at denne beslutning er baseret på økonomiske vurderinger, som kan sammenlignes med dem, en fornuftig privat investor, der befinder sig i en situation, som ligger så tæt som muligt på den situation, som nævnte medlemsstat befinder sig i,

under de foreliggende omstændigheder ville have udført, inden han foretog en sådan investering, med henblik på at fastslå den fremtidige rentabilitet af en sådan investering. Kommissionen kan nægte at undersøge dokumentation, der er udfærdiget efter vedtagelsen af beslutningen om at foretage den pågældende investering.

Af relevans i denne forbindelse er denne foranstaltnings art og indhold, baggrunden herfor såvel som det forfulgte mål og de bestemmelser, som nævnte foranstaltning er omfattet af.

Anvendelsen af kriteriet om den private investor skal gøre det muligt at fastslå, om en privat aktionær under lignende omstændigheder ville have tilført et beløb svarende til den skat, som skulle betales, til en virksomhed, som befandt sig i en situation, som kunne sammenlignes med den situation, som EDF befandt sig i.

127. I deres bemærkninger af 11. december 2002, jf. [42.] betragtning […], hævdede de franske myndigheder, at det ville have været anset for mere effektivt og neutralt for EDF at postere [koncessionsgivers rettigheder] direkte under egenkapitalen med det samlede beløb uden at betale selskabsskat. Men ingen af de dokumenter, der lå forud for eller samtidig med den påståede beslutning om ikke at opkræve skat, og som [Den Franske Republik] eller EDF fremsendte til støtte for deres bemærkninger til afgørelsen om udvidelse af proceduren, indeholder direkte eller indirekte henvisning til den påståede investeringsbeslutning, dens konsekvenser, fordele og ulemper eller den analoge beslutning om at øge summen af kapitaltilførsler ved ikke at opkræve skat. De dokumenter, som er fremsendt af de franske myndigheder og nævnt i betragtning 87-108, indeholder ingen henvisning til, endsige en analyse af fordelene og ulemperne for staten ved beslutningen om ikke at opkræve selskabsskat af en del af henlæggelserne af [koncessionsgivers rettigheder], som blev omposteret til kapitaltilførsel til EDF i medfør af lov nr.-97-1026 af 10. november 1997.

128. Det påhviler [Den Franske Republik] i tilfælde af tvivl om anvendeligheden af det markedsøkonomiske investorprincip, sådan som Kommissionen har udtrykt det, entydigt og på grundlag af objektiv og verificerbar dokumentation at fastslå, at det er i egenskab af aktionær, at den har iværksat foranstaltningen. Men set i lyset af de fremlagte beviser forekommer det, at beslutningen om at investere ved at undlade at opkræve den skat, som EDF i princippet skyldte, skal anses for at være truffet stiltiende uden udfærdigelse af et begrundet juridisk dokument, der kunne gøre det muligt at få kendskab til eller kontrollere det præcise indhold af denne beslutning, grundene hertil, retsgrundlaget herfor, hvilken kompetent myndighed der traf den, og på hvilken dato det skete. Med hensyn til de faktorer, som Domstolen fremhæver til kontrol af anvendeligheden af det markedsøkonomiske investorprincip, nemlig nødvendigheden af at råde over objektiv og verificerbar dokumentation, en faktisk iværksat foranstaltning eller forudgående økonomiske vurderinger, skal fraværet af henvisninger eller faktiske beviser opfattes som det første tegn på, at dette princip ikke er anvendeligt.

129. I mangel af dokumentation for den påståede beslutning må den eventuelle investeringsforanstaltning, som den franske stat skal have iværksat, beskrives. I det foreliggende tilfælde mener Domstolen, at kriteriet om den fornuftige private markedsøkonomiske investor skal gøre det muligt at fastslå, om en privat aktionær under lignende omstændigheder ville have tilført 5,88 mia. FRF til en virksomhed, som befandt sig i en situation, som kunne sammenlignes med den situation, som EDF befandt sig i. En investering foretaget af [Den Franske Republik] ville indebære undladelse af at inddrive dette beløb med det formål at opnå en gevinst, som oversteg de oprindeligt anvendte midler. Det er således i forhold til det skyldige selskabsskattebeløb, at analysen skal foretages.

130. I den henseende gør manglen på specifikke undersøgelser, henvisninger og analyser af rentabiliteten af investeringen på det skattefrie beløb det vanskeligt blandt de oplysninger, som [Den Franske Republik] og EDF har fremsendt, at isolere virkningerne af den påståede

investering. Denne vanskelighed kan overvindes, hvis man af hensyn til analysen af de fleste relevante faktorer for at kontrollere anvendeligheden og anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip anser den yderligere kapitaltilførsel til EDF i form af det ikkeopkrævede skattebeløb som værende omfattet af de samme bestemmelser som resten af tilførslerne. Tilførslerne blev således forrentet til en bestemt sats, og satsen skulle være og blev reelt også anvendt på det ikke-opkrævede skattebeløb. I de tilfælde, hvor det er den yderligere virkning, der omtales, giver de oplysninger, som [Den Franske Republik] og EDF har fremsendt, til gengæld ikke mulighed for ved første øjekast at illustrere virkningen af at have øget kapitaltilførslerne med et beløb svarende til det ikke-opkrævede skattebeløb.

131. Den manglende opkrævning af skatten bevirkede, at kapitaltilførslen til EDF og dermed EDF's egenkapital steg med yderligere 5,88 mia. FRF oven i det samlede beløb på 14,119 mia. FRF i omposterede henlæggelser. Disse henlæggelser, som ikke svarede til en forudgående tilførsel af friske penge fra staten som aktionær, blev omposteret til kapitaltilførsler under den tilhørende post på EDF's balance blandt de øvrige egenkapitalposter (jf. tabel 2). Uden skattefritagelsen ville EDF's egenkapital, som skulle nå op på 79,8 mia. FRF i 1997, have været på 72,1 mia. FRF ifølge de dokumenter, der blev undersøgt på daværende tidspunkt (jf. [100.] betragtning […], tabel 2). I stedet for 50,7 mia. FRF blev statens kapitaltilførsler til EDF fastlagt til 44,8 mia. FRF.

Den påståede investeringsbeslutning: analysefaktorer

132. Som de franske myndigheder understreger, blev for det første den absolutte værdi af forrentningen til staten forøget med værdien af skattefritagelsen (jf. [83.] betragtning […]), eftersom tilførslen af det ubetalte skattebeløb øgede summen af tilførslerne, og idet denne sum blev forrentet til et fast sats (3%). Imidlertid udmøntede stigningen i kapitaltilførslen svarende til skattefritagelsen sig ikke i en forholdsmæssig stigning i forrentningen til staten. Det står i denne henseende fast, at forrentningen af statens kapitaltilførsler til EDF har været bestemt siden dekret nr. 56-1360 af 30. december 1956 (jf. [18.] og [103.] betragtning […]). Der har således været fastlagt en forrentning (til varierende satser) i de serviceaftaler, som lå forud for og efter den gældende aftale for perioden 1997-2000, jf. [93.og 102.] betragtning […]. Princippet om forrentning var fastlagt inden den påståede beslutning og blev fastholdt efterfølgende.

133. I øvrigt viser undersøgelsen af fakta, at den omhandlede skattefritagelse har kunnet bevirke et fald i forrentningen af statens investering. Rapporten, som Assemblée nationale udfærdigede i september 1997, viser utvetydigt, at stigningen i tilførslens samlede beløb er årsag til en nedsættelse af forrentningen heraf for ikke at »øge opkrævningerne hos EDF« (jf. [103.] betragtning […]). Rapporten fra senatet understøtter denne bevidste nedsættelse fra de offentlige myndigheders side (jf. [108.] betragtning […]).

134. Fra 1991 til 1996 betalte EDF en bedre forrentning til staten af en mindre sum af kapitaltilførsler set i forhold til det, der var planlagt mellem 1997 og 2000 for en større sum. Den gennemsnitlige årlige forrentning i absolut værdi på 3,41 mia. FRF for perioden 1991-1996, hvor summen af tilførsler var 36,6 mia. FRF, var noget større end de 2,35 mia. FRF, som var påtænkt for en større sum på 50,7 mia. FRF i perioden 1997-2000 (jf. [92. og 102.-103.] betragtning, […] tabel 3). Det følger heraf, at den ekstra forrentning i løbende priser af stigningen i summen af kapitaltilførsler på 5,88 mia. FRF, som staten som aktionær håbede på for perioden 1997-2000, derfor kunne analyseres som værende negativ for perioden 1991-1996.

135. De franske myndigheder havde da også sørget for, at den absolutte og relative forrentning, der blev betalt til den franske stat af kapitaltilførslen, blev mindre i absolut og relativ værdi, jo større summen af tilførsler blev, sådan som rapporterne fra Assemblée nationale og senatet entydigt viser. Det følger heraf, at med forøgelsen af tilførslernes samlede sum, der blev ringere forrentet end den tilførselssum, der fandtes før lov nr. 97-1026, forekommer beslutningen om at yde en skattefritagelse ikke nødvendigvis at udgøre en investering.

136. For det andet er måden at planlægge og fastsætte forrentningen af stigningen i kapitaltilførsler på ikke den, som en fornuftig privat markedsøkonomisk investor kunne vælge.

137. Som henvisningerne i såvel ressortministrenes breve som i parlamentsrapporterne viser, jf. [97., 103. og 106.] betragtning […], tog de franske myndigheder i undersøgelsen i 1997 af den franske stats forrentning efter omposteringerne på EDF's balance faktisk både hensyn til den forfaldne forrentning af kapitaltilførslerne til staten som aktionær i snæver forstand og de skattebeløb, som staten håbede at opkræve fra 1997 efter flere år med overførsler til det følgende år af tab og dermed ingen skattebetalinger til staten som skatteudskrivningsmyndighed. Som det vises i [93.] betragtning […], var forrentningen af tilførslerne fradragsberettiget med hensyn til selskabsskat gennem en undtagelse fra almindelig ret.

138. Den ordning, som de franske myndigheder undersøgte og godkendte i 1997, var således en samlet opkrævning hos EDF af skat og forrentning til aktionæren. Summen af den samlede skat, der blev opkrævet hos EDF, selv ud over den omstridte fritagelse, som er skattemyndighedens privilegium, og forrentningen, der blev betalt til staten som aktionær, fortaber sig i de dokumenter, som de franske myndigheder har fremsendt. De mener imidlertid, at dokumenterne viser, at der findes en investeringsbeslutning. Tværtimod tyder denne konstante hensyntagen til EDF's betaling af skyldig skat til staten som skatteudskrivningsmyndighed, herunder gennem normalisering og afvikling af den ikkeopkrævede skat før lov nr. 97-1026 med henblik på at undersøge og fastsætte forrentningen til staten som aktionær, på, at den anfægtede skattefritagelse blev indrømmet af staten som offentlig myndighed og ikke som investor.

139. Denne indikation styrkes i øvrigt af arten af de mål, der blev sat for EDF af staten i 1997 af hensyn, der må tilskrives en offentlig myndighed og ikke en aktionær. Disse hensyn kommer til udtryk i fastsættelsen af EDF's priser som aftalt i serviceaftalen for 1997-2000, hvoraf forrentningen til staten som aktionær afhang. Staten krævede da også, at EDF skulle bidrage til styrkelsen af fransk erhvervslivs konkurrenceevne og de franske husholdningers købekraft. Det er hensyn, som ikke blot ville være fremmede for en fornuftig privat markedsøkonomisk investor, men også i strid med denne hypotetiske investors finansielle interesser. Det samme gælder det mål, der blev sat for EDF i serviceaftalen for 1997-2000, om at føre en ambitiøs politik for økonomisk aktivitet og beskæftigelse ved at stille sig til rådighed for lokale forvaltningsmyndigheder (jf. [89. og 95.] betragtning […]).

Økonomiske evalueringer med henblik på at fastslå den påståede investerings rentabilitet

140. Serviceaftalen mellem staten og EDF underskrevet den 8. april 1997 indeholdt forhåndsevalueringer af finansieringsscenariet med prognoser for afkastet til staten som aktionær af dens investering i form af kapitaltilførsler til EDF (jf. [92.] betragtning […]). Disse dokumenter og analyser, som de franske myndigheder har fremlagt, vedrører de forventede virkninger af omposteringen af alle de henlæggelser, som EDF foretog, uanset om de var blevet beskattet eller ikke, og om de var resultatet af lov nr. 97-1026 eller ikke. Den eneste systematiske evaluering, som de franske myndigheder har fremlagt, nemlig i notatet fra EDF af 18. februar 1997 (jf. [92.] betragtning […]), er generel og begrænset til den lovbestemte forrentning, der anvendes på kapitaltilførslerne, herunder dem, der lå forud for omposteringerne på EDF's balance, men eksklusive f.eks. forrentningen af anden kapital end tilførsler eller forrentningen af egenkapitalen.

141. Intet dokument fremsendt af [Den Franske Republik] eller EDF viser, at den påståede investeringsbeslutning om at yde en større kapitaltilførsel til EDF ved ikke at opkræve skat af omposteringen har været genstand for nogen specifik gennemgang, undersøgelse eller analyse. Under indtryk af de omhandlede beløb havde en fornuftig privat markedsøkonomisk investor dog sandsynligvis ladet foretage en finansiel og økonomisk investeringsanalyse, før han traf beslutningen, hvis beløbet på 5,88 mia. FRF i skattefritagelse i henhold til den lovbestemte

rentabilitet af kapitaltilførslerne var nødvendigt, for at virksomheden kunne sikre den langsigtede rentabilitet af den samlede investering, og for, at aktionæren kunne få et tilstrækkeligt afkast. Denne type forudgående økonomisk undersøgelse, som Domstolen nævner i præmis 84 i sin dom blandt de faktorer, der tillader den at konkludere til fordel for anvendeligheden af det markedsøkonomiske investorprincip, forefindes ikke.

142. Det er særlig bemærkelsesværdigt, at der ud over den forrentning, der skulle ydes til staten i perioden 1997-2000, ikke er foretaget nogen undersøgelse af forrentning eller afkast på langt sigt, selv om [Den Franske Republik] netop påstår at have foretaget en langsigtet investering. Men en fornuftig privat markedsøkonomisk investor ville ikke have undladt at foretage en analyse af rentabiliteten af sin investering i perioden efter 2000.

143. Hvis det er rimeligt at mene, at en fornuftig privat markedsøkonomisk investor ville have taget højde for virkningerne af nedsættelsen af EDF's gældsgrad, må det konstateres, at EDF's fordel ved at låne til en lavere omkostning takket være en bedre gældsgrad nævnes i generelle vendinger i visse dokumenter fremsendt af [Den Franske Republik] (jf. [101. og 105.] betragtning […]) og af EDF. Imidlertid nævnes intetsteds fordelene og rentabiliteten for staten som aktionær ved en mindre låneomkostning for EDF eller en lavere gældsgrad. Ifølge de daværende kvantifikationer, der præsenteres i [101.] betragtning […], skulle forholdet mellem EDF's nettogæld og egenkapital nå ned på 148% med den fulde nye kapitaltilførsel, der beløb sig til 50,7 mia. FRF inklusive den omtvistede skattefritagelse på 5,88 mia. FRF. Uden skattefritagelsen ville gældsgraden have været ca. 163% eller ca. en tredjedel af de 480% fra før lov nr. 97-1026. Betragtet isoleret fra de øvrige virkninger af omposteringen af diverse henlæggelser har bidraget fra skattefritagelsen til forbedringen af gældsgraden kun beskeden betydning, og det er højst tvivlsomt, om den har udmøntet sig konkret i mindre låneomkostninger for EDF ([170.-172.] betragtning […]). Under alle omstændigheder indeholder de dokumenter, som de franske myndigheder har fremlagt, hverken udsagn om eller analyser af, at gevinsten for aktionæren ved en gældsgrad på 148%, eller på 163% for den sags skyld, udgjorde en investering. På dette punkt findes der ingen forudgående økonomisk evaluering, der er sammenlignelig med den, som en fornuftig privat markedsøkonomisk investor ville have ladet foretage, som nævnt i præmis 84 i Domstolens dom.

144. I denne henseende beviser den økonomiske undersøgelse, som EDF fremlægger til støtte for sine bemærkninger (jf. [69. og 70.] betragtning […]), ikke, at [Den Franske Republik] har handlet som investor og ikke som offentlig myndighed. Undersøgelsen blev foretaget efter den påståede investeringsbeslutning, der blev truffet i 1997, og blev ikke gennemgået af de kompetente myndigheder med henblik på at træffe en sådan beslutning. Alene af denne grund kan undersøgelsen ikke accepteres som bevis i henhold til Domstolens angivelser (jf. [126.] betragtning […], præmis 104 i dommen af 5. juni). At undersøgelsen er foretaget ud fra autentiske data, der var til rådighed på daværende tidspunkt, kan ikke ændre ved denne konklusion. Undersøgelsen blev bestilt som følge af udvidelsen af undersøgelsesproceduren i maj 2013, og undersøgelsens konklusioner var tilsyneladende kendt af EDF i juli 2013, mens undersøgelsen daterer sig til oktober 2013. Der er i øvrigt yderligere grunde, der gør undersøgelsens kvantificerede resultater ugyldige og dermed fjerner grundlaget for de konklusioner, som EDF drog af den til støtte for sine bemærkninger, nemlig:

Undersøgelsen bygger på data, der næsten alle var fra daværende tidspunkt, og er udført ved hjælp af metoder, der er almindeligt anerkendt til evaluering af en virksomheds værdi, med nedennævnte vigtige forbehold. Alligevel er der tale om en særlig kompleks økonomisk evaluering, der indebar en forholdsvis grundig datasøgning og tog ca. tre måneder at udføre og godkende. Udførelsen af undersøgelsen omfatter mange på hinanden følgende metodevalg, der til tider kan anfægtes. Uden denne udførelse er det helt umuligt ud fra spredte data fra forskellige kilder at få blot en idé om eller en eventuel prognose for de kvantificerede resultater vedrørende den rentabilitet, som den franske stat hævdes at kunne forvente i 1997, som man i undersøgelsen

nåede frem til. Men Domstolen kræver, at anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip støtter sig på de evalueringer, der kunne foretages fremadrettet på tidspunktet for beslutningstagningen (jf. præmis 105 i dommen af 5. juni 2012). I modsætning til EDF's påstande tyder selve det forhold, at den franske stats kompetente myndigheder hverken foretog eller lod foretage en undersøgelse af dette omfang eller denne kompleksitet på grundlag af de tilgængelige data i 1996-1997, på, at rentabiliteten for aktionæren af den påståede investering i sig selv ikke var en relevant overvejelse for de franske myndigheder, inden de traf deres beslutning.

Undersøgelsen analyserer den franske stats adfærd i lyset af det markedsøkonomiske investorprincip ved hjælp af oplysninger og hypoteser, der er meget forskellige fra dem, der præsenteres i [87.-108] betragtning […], og som ifølge de franske myndigheder har begrundet og berettiget den beslutning, der hævdes at være truffet. Men det er ikke EDF, der traf investeringsbeslutningen, og ifølge Domstolen (præmis 82 og 83 i dommen af 5. juni 2012) er det [Den Franske Republik], det påhviler at fremføre de beviser, der afdækker arten af og sammenhængen bag den trufne beslutning. Eftersom [Den Franske Republik] hævder, at det er ud fra de oplysninger og data, som [den] selv har fremlagt, at [den] traf sin beslutning, træder undersøgelsen og dermed EDF reelt i den påståede investors sted og foregiver at vide bedre end den franske stat, hvilke hensyn og oplysninger der faktisk har motiveret den allerede trufne beslutning, og hvilke hypoteser den havde lagt til grund. Derfor bygger undersøgelsen på spekulationer og antagelser om de data, oplysninger og hypoteser, som de franske myndigheder – blandt flere andre, som ikke kan udelukkes – har taget i betragtning i 1997, og har derfor ikke beviskraft i 2015 (eller i oktober 2013, da den blev foretaget) til at forklare og klarlægge den beslutning, som de franske myndigheder faktisk traf i 1997, og som disse myndigheder forklarer med andre oplysninger og hypoteser.

Den manglende beviskraft understreges af, at undersøgelsen for at nå frem til de resultater, der præsenteres i [70.] betragtning […], dels bygger på vilkårlige eller risikable hypoteser, dels ikke underbygges af fakta, dels er i strid med oplysninger, der fremgår af dokumenter, som er fremsendt af de franske myndigheder, og som ifølge disse illustrerer anvendeligheden og den faktiske anvendelse i det foreliggende tilfælde af det markedsøkonomiske investorprincip. I undersøgelsen antages det således for det første, at forrentningen til staten som aktionær efter 2000 ikke ville blive reguleret ved et dekret og udmøntet i en serviceaftale mellem staten og EDF, men være fastlagt ved henvisning til de udbytter, som andre virksomheder i sektoren udbetalte i 1996-1997. Men forrentningen af kapitaltilførslerne til EDF havde været reguleret ved dekret siden 1956 (jf. [102.] betragtning […]), og den var blevet forskriftsmæssigt fastsat og indskrevet i de flerårige serviceaftaler både før og efter 1997 ud fra hensyn, som ikke havde at gøre med de udbytter, som blev udbetalt af virksomheder i sektoren, som var aktive på andre markeder end [Den Franske Republik] (jf. [94. og 95.] betragtning […]). Ligeledes genindføres der for det andet i undersøgelsen uden begrundelse henlæggelser i EDF's resultatopgørelse, som stammer fra EDF's virksomhedsregnskab, med et beløb af 11,6 mia. FRF (før skat) og 7,3 mia. FRF (efter skat), hvorved værdien af EDF kunstigt opskrives med samme beløb, uden at der tages hensyn til de tilgængelige oplysninger og prognoser i 1997 om omfanget af EDF's forpligtelser vedrørende pensionsordningen for virksomhedens personale (jf. [168. og 169.] betragtning […]).

Desuden, for det tredje, er væksten i EDF's værdi som følge af væksten i afkast og resultater den, som blev beregnet i undersøgelsen ud fra »markedsforventninger« i 1997. Men de franske myndigheder havde de prognoser for indtægter og resultater, der var specifikke og kvantificerede for EDF for 1997-2000 og godkendt i forbindelse med udarbejdelsen af serviceaftalen for samme periode, til [deres] rådighed og hævder at have støttet sig til disse prognoser og oplysninger, da de traf deres beslutning (jf. [78., 79., 90., 94. og 96.] betragtning […]), samtidig med at de i 1997 havde et solidt kendskab til virksomheden og dennes finansielle perspektiver (jf. [77.] betragtning […]). At anvende tredjeparters »markedsforventninger« til endeligt at fastsætte et skøn over EDF's værdi under disse omstændigheder er hverken fornuftigt eller i tråd med de argumenter, som [Den Franske Republik] fremsætter for at forklare og underbygge den beslutning, som de

franske myndigheder hævdes at have truffet, ikke mindst i betragtning af, at de franske myndigheder fremfører, at EDF's fremherskende aktivitet foregik i Frankrig til lovbestemte priser i 1997 (jf. [85.] betragtning […]). I øvrigt blev disse priser fastsat til et lavt niveau med henblik på at styrke fransk erhvervslivs konkurrenceevne og de franske husholdningers købekraft (jf. [89. og 95.] betragtning […]). Der gives i undersøgelsen hverken en forklaring på endsige en gyldig begrundelse for, hvorfor den forrentning, de udbytter og de resultater, som kunne fremvises af virksomheder, der var børsnoterede aktieselskaber, ikke fandtes i noget større omfang i Frankrig og var aktive på markeder med andre konkurrencevilkår og anden lovgivning (f.eks. Endesa, Gas Natural og Union Fenosa i Spanien, RWE, EON og Verbund i Tyskland, Fluxys i Belgien), kunne være bestemmende for EDF's resultater, forrentning og udbytter, hvilket er en af de hypoteser, som betinger de resultater, der præsenteres i [70.] betragtning […].

Endelig, for det fjerde, postulerer undersøgelsen uden begrundelse, at væksten i kapitaltilførslen til EDF i 1997 svarede til erhvervelsen af et likvidt finansielt aktiv, i hvert fald potentielt. Men EDF var i 1997 en offentlig erhvervsvirksomhed, som ikke havde en selskabskapital (jf. [19.] betragtning […]), og de franske myndigheder og EDF hævdede dengang, at EDF ville bevare den status i fremtiden (jf. [95. og 105.] betragtning […]). I [179.-181.] betragtning […] påvises det nærmere, at denne påstand, som var afgørende for undersøgelsesresultaterne, var risikabel.

Foranstaltningens art og indhold, baggrunden herfor og de bestemmelser, som den er omfattet af

145. Domstolen understreger, at arten af den trufne foranstaltning er en af de relevante faktorer, der skal tages i betragtning for at konkludere til fordel for anvendeligheden af det markedsøkonomiske investorprincip (jf. præmis 86 i dommen). Beslutningen om at tilføre et ekstra beløb i kapitaltilførsel til EDF ved ikke at opkræve skat på omposteringen af de ulovlige henlæggelser til RAG er både en beslutning af regnskabsmæssig art om ompostering mellem poster på EDF's balance (jf. [100. og 105.] betragtning […]) og en beslutning af skattemæssig art, eftersom de kompetente myndigheder vurderer, at selskabsskatten skulle pålignes før omposteringen (jf. [35.] betragtning […]), mens skatten blev betalt af andre omposterede regnskabsmæssige henlæggelser. I modsætning til, hvad de franske myndigheder påstår, er det derfor ikke fastslået, at den regnskabsmæssige og den skattemæssige side af beslutningen er uløseligt knyttet til hinanden i en enkelt foranstaltning indført ved lov nr. 97-1026 af 10. november 1997.

146. Ifølge artikel 4, stk. 2, i loven skulle modværdien af de af RAG omfattede koncessionerede aktiver, som er opført på passivsiden på EDF's balance, efter fradrag af de dertil svarende opskrivningsbeløb opføres under posten »Kapitaltilførsler« (jf. [28.] betragtning […]). Det kunne udledes heraf, at loven bestemte, at ud over eventuelle op- eller nedskrivninger måtte ingen regnskabsmæssig eller skattemæssig tilpasning reducere den modværdi, der skulle bogføres som kapitaltilførsel til EDF. Imidlertid falder beslutningen om, hvorvidt EDF skulle pålignes skat, i medfør af artikel 34 i [Den Franske Republiks] forfatning ikke ind under loven, og lov nr. 97-1026 kunne ikke indeholde en gyldig bestemmelse om dette spørgsmål. Denne artikel begrænser parlamentets lovgivningsbeføjelser på skatteområdet til fastsættelse af beskatningsgrundlaget, satsen og de nærmere bestemmelser om inddrivelse af skatter og afgifter. EDF betalte således selskabsskat af visse regnskabsmæssige henlæggelser, men ikke af andre som følge af den samme ompostering, der fulgte af loven.

147. De forberedende dokumenter fremsendt af de franske myndigheder, som nævnes i [104.] betragtning […], viser i øvrigt, at Conseil d'État i 1997 var af den opfattelse, at bestemmelser af ikke-lovgivningsmæssig karakter skulle fjernes fra teksten i lovforslaget. Desuden blev et ændringsforslag fra regeringen til lovforslaget om at begrænse de opkrævninger, som staten kunne foretage hos EDF i kraft af loven, også afvist. Endelig mente ressortministrene i april

1997, at de nærmere bestemmelser om iværksættelsen af omstruktureringen hos EDF både regnskabsmæssigt og skattemæssigt skulle drøftes yderligere mellem ressortmyndighederne og virksomheden (jf. [98.] betragtning […]).

148. [De] faktorer, som blev præciseret og kvantificeret i [skrivelsen af 22. december 1997], efter vedtagelsen af loven (jf. [31.] betragtning […]), viser, at de skattemæssige aspekter af iværksættelsen kan adskilles fra bestemmelserne i lov nr. 97-1026 af 10. november 1997. Disse ministre forklarer i deres brev til EDF omstruktureringen af EDF's balance ved anvendelse af artikel 4 i lov nr. 97-1026 af 10. november 1997 og synes stiltiende at beslutte de skattemæssige konsekvenser af denne omstrukturering, uden at der i loven er tale om nogen rentabel investering af nogen art eller obligatoriske bestemmelser.

149. Hvad angår baggrunden for foranstaltningen, som Domstolen fremhæver som en relevant faktor blandt andre i bedømmelsen af den eventuelle anvendelighed af det markedsøkonomiske investorprincip, viser de forberedende møder og støttedokumenter for perioden, som førte til serviceaftalen mellem staten og EDF, der blev underskrevet den 8. april 1997, at omposteringen af henlæggelserne blev foretaget på baggrund af udsigten til delvis liberalisering af elektricitetsmarkedet i EU, som var besluttet i 1996. Desuden fremgår hensigten om mere internationalisering af EDF's aktiviteter af serviceaftalen for 1997-2000 og de forberedende dokumenter foruden af parlamentets dokumenter. Serviceaftalen forudsætter selv, at der træffes en lovgivningsforanstaltning om normalisering som den, der er bestemt i lov nr. 97-1026, hvilket de facto knytter aftalens og lovgiverens mål sammen. Imidlertid tages der hverken i aftalen fra april 1997 eller i de forberedende dokumenter eller korrespondancen med EDF's ressortmyndigheder stilling til det præcise skattebeløb.

150. Denne baggrund, som [Den Franske Republik] beskriver i sine bemærkninger, gør det imidlertid ikke muligt at fastslå med sikkerhed, at foranstaltningen kan henføres til en aktionærs adfærd i forbindelse med en investering. Nødvendigheden af at afhjælpe de uregelmæssigheder, som [den franske revisionsret] konstaterede i oktober 1994, indgår også i denne baggrund. Selv om det på den ene side drejede sig om at afhjælpe en regnskabsmæssig uregelmæssighed, som havde gjort det muligt for EDF ikke at betale selskabsskat i årevis, understregede de franske myndigheder, at ordningen ikke sådede tvivl om EDF's monopol (jf. [105.] betragtning […]), og at den stabile ramme, som liberaliseringen af markedet tillod, skulle fastholdes (jf. [95.] betragtning […]). Liberaliseringen åbnede ganske vist muligheder for udvidelse på andre medlemsstaters nationale markeder, og der var planlagt visse tiltag i serviceaftalen for 1997-2000, for at EDF kunne ekspandere mere internationalt. Men det står alligevel fast, at de offentlige myndigheders hensigt om at begunstige de nationale virksomheder gennem finansielle støtteforanstaltninger ved udsigten til liberalisering ikke begrænser sig til offentlige virksomheder eller er betegnende for adfærden hos en fornuftig aktionær i en offentlig virksomhed.

151. Endelig angiver Domstolen, at det er relevant at undersøge de regler, som den omstridte foranstaltning er omfattet af, for at kunne fastslå, om den har karakter af investering foretaget af staten som aktionær eller udspringer af en offentlig myndigheds beføjelser. Om foranstaltningen hører til i den ene eller anden kategori, kan derfor afgøres under overholdelse af de regler, der gælder for foranstaltningen. Derfor skal de regler, der gælder for investering af skattemidler i virksomheder som EDF, undersøges. Uden den omhandlede foranstaltning ville provenuet af den ikkeopkrævede selskabsskat være gået ind blandt indtægterne på den franske stats generelle budget i 1997. Som det blev bestemt i artikel 18 i anordning nr. 59-2 af 2. januar 1959 om en styringslov for finanslovene, der gjaldt i den omhandlede periode, tilskrives samtlige indtægter, der skal dække samtlige udgifter, alle statens indtægter og alle statens udgifter én og samme konto kaldet det generelle budget. Således indbetales skatteprovenuet til fordel for staten og bogføres på dens budget og ikke til fordel for offentlige virksomheder.

152. Dette budget er underlagt princippet om bruttoopgørelse, ifølge hvilket samtlige indtægter og udgifter bogføres som to adskilte poster, uden at der knyttes nogen særlig forbindelse imellem dem, f.eks. mellem en selskabsskatteindbetaling og en anvendelse af midler som f.eks. en kapitaltilførsel til fordel for en offentlig virksomhed som EDF. Ganske vist er det muligt i fransk ret på forhånd at afsætte skattemidler til en anden juridisk person end staten eller til investering, forudsat at denne anvendelse er udtrykkeligt bestemt. Ifølge artikel 18 i anordning nr. 59-2 er det således en undtagelse, at statens midler, ud over bl.a. udlån og forskud, tildeles andre modtagere, og det kan kun ske på regeringens initiativ ved en bestemmelse i finansloven.

153. Men lov nr. 97-1026 […] var ikke en finanslov og kunne derfor ikke danne grundlag for at afsætte skattemidler direkte til EDF's kapital. I øvrigt fremgår det ikke, at der var vedtaget specifikke bestemmelser på regeringens initiativ i finansloven om budgettet for 1997 om en forudgående bestemmelse af provenuet af den skat, som EDF skyldte, til den franske stats udgifter i forbindelse med en investering i EDF's kapital over samme budget. Denne regel, som muliggør investeringen af skattemidler indbetalt til staten i en anden juridisk person end staten som f.eks. EDF, synes derfor ikke at have været udnyttet.

154. De allerfleste af ovennævnte faktorer viser klart, at [Den Franske Republik] hverken før eller samtidig med tildelingen af den økonomiske fordel gennem den manglende indbetaling af selskabsskat traf beslutning om ved skattefritagelse at foretage en investering i EDF. Derfor forekommer det markedsøkonomiske investorprincip ikke at være anvendeligt på denne foranstaltning. Nedenstående overvejelser om anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip har derfor subsidiær karakter.«

2. Indledende betragtninger

116 Det bemærkes, at Kommissionen i 113. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse ikke begik nogen fejl ved i det væsentlige at fastslå, at det tilkom den at undersøge, om kriteriet om den private investor var anvendeligt på den omtvistede foranstaltning, som klart blev identificeret som Den Franske Republiks manglende beskatning af koncessionsgivers rettigheder i notatet af 9. april 2002 (jf. præmis 107 ovenfor).

117 De forhold, som EDF har gjort gældende til støtte for sit andet anbringende om, at Kommissionen ikke burde have undersøgt den manglende beskatning, men foranstaltningen til rekapitalisering af EDF, uden at sondre mellem de hensættelser, der var blevet omposteret som kapitaltilførsel, må derfor umiddelbart forkastes.

3. Det første led

a) Parternes argumenter

118 Til støtte for det andet principale anbringendes første led har EDF nærmere bestemt gjort gældende, at Kommissionen tilsidesatte sin forpligtelse til at tage hensyn til alle relevante faktiske og retlige elementer i forbindelse med sin vurdering – både ved bedømmelsen af kriteriets anvendelighed og ved bedømmelsen af dets anvendelse – eftersom den nøjedes med at henholde sig til de oplysninger og elementer, som Den Franske Republik havde fremlagt, og så bort fra dem, som EDF selv havde fremsendt til den, hvilket Kommissionen begrundede med hævdede uoverensstemmelser mellem de dokumenter, der var fremlagt af den franske stat, og dem, der var fremsendt af EDF.

119 EDF har imidlertid erkendt, at »Kommissionen […] i en bibemærkning nævnte de elementer, som EDF [havde] fremsendt til den«, og har i denne forbindelse henvist til 66. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvori der tales om »ca. 40 dokumenter fra den pågældende periode, som EDF har bilagt sine skriftlige bemærkninger«.

120 EDF har imidlertid anført, at ca. 40 samtidige dokumenter ud af de 53, som virksomheden havde fremsendt til Kommissionen, ikke er nævnt i den anfægtede afgørelse og derfor ikke er blevet vurderet, og at Kommissionen ikke har forklaret, hvorfor de skulle være i modstrid med de dokumenter, der var fremsendt af Den Franske Republik, eller irrelevante.

121 Det er som følge heraf ubestridt, at de eneste elementer, som Kommissionen undersøgte i det foreliggende tilfælde, var dem, der var fremlagt af Den Franske Republik, hvilket viser, at Kommissionen med vilje undlod at undersøge de dokumenter, som EDF havde fremsendt, i strid med sin forpligtelse til at udvise omhu.

122 EDF har ligeledes anført, at det ud fra visse oplysninger i visse dokumenter, som EDF havde fremsendt til Kommissionen, må formodes, at Kommissionen ville have draget andre konklusioner, end den gjorde i den anfægtede afgørelse, hvis den havde taget hensyn til dem. Virksomheden har i denne forbindelse henvist til forhold, der er omhandlet i dokument nr. 18 (EDF's skrivelse til økonomiministeren om EDF's regnskabs- og skatteordning), dokument nr. 20 (referat af mødet den 27.10.1995 i finansministeriet), dokument nr. 22 (EDF's skrivelse til ministeriet for økonomi, finanser og planlægning vedlagt et bilag med titlen »Tilpasning af EDF's balance pr. 31.12.1994«), dokument nr. 23 (EDF's skrivelse til budgetministeriet vedlagt et bilag med titlen »Forslag til omstrukturering af EDF's balance«), dokument nr. 32 (skrivelse fra økonomi- og finansministeren og fra industri-, post- og telekommunikationsministeren), idet det påpeges, at dette dokument blev taget i betragtning i den nævnte afgørelse, dokument nr. 50-56 (samtidige udtalelser fra kreditvurderingsbureauer, som blev taget i betragtning i Oxera-undersøgelsen fra 2013) og dokument nr. 57 (undersøgelse med titlen »Pan-European utilities«), som er opført i tabellen i stævningens punkt 77.

123 EDF har videre anført, at Kommissionens bemærkninger om, at den havde taget disse dokumenter i betragtning, er fejlagtige, og at de eneste to dokumenter, som er nævnt i den anfægtede afgørelse, og som betegnes som dokumenter, som EDF havde fremsendt til Kommissionen, faktisk er dokumenter, som Den Franske Republik også havde fremlagt.

124 EDF finder ikke, at Kommissionen med rette kan gøre gældende, at beslutningen om at se bort fra de dokumenter, som virksomheden havde fremsendt, i sig selv beviser, at den foretog en grundig vurdering.

125 EDF er af den opfattelse, at dom af 16. marts 2016, Frucona Košice mod Kommissionen (T-103/14, EU:T:2016:152), og af 26. maj 2016, Frankrig og IFP Énergies nouvelles mod Kommissionen (T-479/11 og T-157/12, under appel, EU:T:2016:320), understøtter virksomhedens bemærkninger om, at det i det væsentlige tilkommer Kommissionen at tage ethvert relevant bevis i betragtning, selv om foranstaltningens ophavsmand, dvs. den pågældende medlemsstat, ikke er blevet underrettet om det.

126 EDF har desuden anført, at det følger entydigt af en objektiv og upartisk fortolkning af de dokumenter, der er nævnt i stævningens punkt 80, at den omhandlede foranstaltning rent faktisk er beslutningen om virksomhedens rekapitalisering, som ifølge denne bl.a. blev identificeret ved dokument nr. 20, som den havde fremlagt for Kommissionen.

127 I de bemærkninger, der blev fremsat i forlængelse af Frucona Košice-dommen, har sagsøgeren endelig med støtte fra Den Franske Republik gjort gældende, at Kommissionen i henhold til denne dom var forpligtet til at tage alle relevante beviser i betragtning, herunder inddrage andre beviser end dem, som staten havde fremlagt, og se bort fra statens subjektive holdning, og at den derfor ikke kunne se bort fra de beviser, som staten og EDF havde fremsendt den.

128 Den Franske Republik har til støtte for EDF's argumentation oplyst, at 87.-108. betragtning til den anfægtede afgørelse blot beskriver de ni dokumenter, der var knyttet som bilag til de franske myndigheders bemærkninger til Kommissionen af 1. juli 2013, men ikke forklarer, hvorfor Kommissionen konkluderede, at kriteriet om den private investor ikke fandt anvendelse i det foreliggende tilfælde, på grundlag af disse dokumenter.

129 Den Franske Republik har fremlagt en tabel (bilag 10 til interventionsindlægget), der indeholder en kommenteret oversigt over de dokumenter, som den selv og EDF havde fremlagt, og som Kommissionen ikke tog hensyn til, selv om disse dokumenter efter dens opfattelse indeholdt oplysninger, der var vigtige for bedømmelsen af kriteriets anvendelighed i det foreliggende tilfælde.

130 Den Franske Republik har givet tre eksempler herpå.

131 Den Franske Republik har for det første henvist til en skrivelse af 19. februar 1997 fra EDF's finansdirektør til chefen for finansministeriets afdeling for finansiering og kapitalandele, som Kommissionen blot nævnte i 88. og 91. betragtning til den anfægtede afgørelse, men ikke tog hensyn til i sit ræsonnement, selv om det fremgik af denne skrivelse, at den franske stat ved udarbejdelsen af serviceaftalen for 1997-2000, der blev indgået mellem denne stat og EDF den 8. april 1997 (herefter »serviceaftalen«), havde undersøgt, hvilken forrentning staten ville opnå som aktionær i perioden 1997-2000, navnlig baseret på økonomiske og finansielle overvejelser. Denne skrivelse indeholdt således prognoser baseret på hypoteserne i serviceaftalen (prisudvikling, forrentningsvilkår for staten som aktionær samt målsætninger for investeringer og gældsnedbringelse).

132 Den Franske Republik har for det andet henvist til EDF's analysenotat af 27. juli 1996, som blev sendt til det franske senat på dets foranledning den 15. september 1997, og som Kommissionen blot nævnte i 88. betragtning til den anfægtede afgørelse, selv om det fremgik af dette notat, at den franske stats overvejelser i forbindelse med vedtagelsen af den omtvistede foranstaltning svarede til dem, som en offentlig aktionær ville have gjort sig. Dette notat fokuserede især på den offentlige aktionærs forventede forrentning set i forhold til balancen for de europæiske virksomheder i sektoren.

133 Den Franske Republik har for det tredje henvist til EDF's skrivelse af 26. deecember 1995 til det franske ministerium for økonomi, finanser og planlægning – hvortil der var knyttet et bilag med titlen »Tilpasning af EDF's bilag pr. 31.12.1994« – som Kommissionen ikke tog hensyn til i den anfægtede afgørelse, og som indeholdt regnskabsanalyser, der viste, at omstruktureringen af EDF's kapital og dens konsekvenser var blevet undersøgt detaljeret af den franske stat allerede i 1995.

134 Kommissionen er ikke enig i denne argumentation

b) Rettens bemærkninger

135 EDF har i det væsentlige anført, at Kommissionen ved bedømmelsen af, om kriteriet om den private investor var anvendeligt på den omtvistede foranstaltning, tilsidesatte sin forpligtelse til at udvise omhu, eftersom den undlod at tage adskillige dokumenter, som EDF havde fremsendt til den, i betragtning og uden nærmere forklaring nøjedes med at undersøge dem, som Den Franske Republik havde fremlagt, selv om oplysningerne i disse dokumenter burde have fået den til at konkludere, at dette kriterium var anvendeligt.

136 Det bemærkes for det første, at det, hvis en medlemsstat påberåber sig kriteriet om den private investor under den administrative procedure, i tvivlstilfælde påhviler den utvetydigt og på grundlag af objektive og samtidige elementer, som kan efterprøves, at føre bevis for, at beslutningen om at gennemføre foranstaltningen blev truffet i dens egenskab af aktionær, og at den var baseret på de krævede forudgående økonomiske vurderinger (jf. i denne retning dommen i sag C-124/10 P, præmis 82, 85 og 104).

137 Det bemærkes for det andet, at forpligtelsen til at udvise omhu, der er uløseligt forbundet med princippet om god forvaltningsskik og almindeligvis finder anvendelse på Unionens forvaltnings handlinger i forholdet til offentligheden, kræver af denne, at den handler med omhyggelighed og omtanke (dom af 4.4.2017, Ombudsmanden mod Staelen, C-337/15 P, EU:C:2017:256, præmis 34).

138 Såfremt EU-institutionerne har et skøn, må der lægges endnu større vægt på overholdelsen af de garantier, som EU-retten giver med hensyn til den administrative sagsbehandling. Disse garantier omfatter bl.a. kravet om, at den kompetente institution omhyggeligt og upartisk skal undersøge alle relevante forhold i den enkelte sag, den pågældendes ret til at fremføre sine synspunkter samt kravet om, at afgørelsen skal være forsynet med en tilstrækkelig begrundelse. Kun under disse omstændigheder kan Domstolen og Retten efterprøve, om de faktiske og retlige omstændigheder, der har betydning ved udøvelsen af skønnet, forelå (dom af 21.11.1991, Technische Universität München, C-269/90, EU:C:1991:438, præmis 14).

139 Ifølge Domstolens faste praksis om principperne vedrørende bevisførelse på området for statsstøtte er Kommissionen desuden forpligtet til at gennemføre undersøgelsesproceduren vedrørende de anfægtede foranstaltninger upartisk og omhyggeligt, således at den ved vedtagelsen af den endelige afgørelse, der fastslår tilstedeværelsen af og i givet fald uforeneligheden eller ulovligheden af støtten, råder over så væsentlige og pålidelige elementer som muligt (jf. dom af 3.4.2014, Frankrig mod Kommissionen, C-559/12 P, EU:C:2014:217, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis).

140 Det bemærkes for det tredje også, at retmæssigheden af en afgørelse om statsstøtte skal vurderes i forhold til de oplysninger, som Kommissionen kunne råde over på det tidspunkt, da den vedtog den (dom af 15.4.2008, Nuova Agricast, C-390/06, EU:C:2008:224, præmis 54, og af 2.9.2010, Kommissionen mod Scott, C-290/07 P, EU:C:2010:480, præmis 91).

141 For det fjerde bemærkes det endelig, at selv om medlemsstaten i forbindelse med kontrollen med statsstøtte i henhold til den forpligtelse til loyalt samarbejde, der er fastsat i artikel 4, stk. 3, TEU, skal fremlægge alle de oplysninger for Kommissionen, som sætter denne i stand til at tage stilling til den omhandlede foranstaltnings karakter af statsstøtte, har Kommissionen i henhold til sin forpligtelse til at foretage en påpasselig og upartisk undersøgelse en pligt til omhyggeligt at undersøge de oplysninger, som medlemsstaten har fremlagt for den. I overensstemmelse med ånden i den formelle undersøgelsesprocedure, som giver de berørte parter rollen som Kommissionens informationskilde, gælder en sådan forpligtelse ligeledes for Kommissionen for så vidt angår de oplysninger, der meddeles den af de berørte parter (jf. dom af 25.6.2015, SACE og Sace BT mod Kommissionen, T-305/13, EU:T:2015:435, præmis 112 og den deri nævnte retspraksis).

142 Det er i det foreliggende tilfælde ubestridt, at Den Franske Republik påberåbte sig kriteriet om den private investor allerede under den administrative procedure (jf. 95. betragtning til den oprindelige beslutning, der er citeret i præmis 31 ovenfor). Det påhvilede den derfor utvetydigt og på grundlag af objektive og samtidige elementer, som kunne efterprøves, at føre bevis for, at beslutningen om at gennemføre foranstaltningen blev truffet i dens egenskab af aktionær, og at den var baseret på de krævede forudgående økonomiske vurderinger (jf. i denne retning dommen i sag C-124/10 P, præmis 82, 85 og 104).

143 Med det første led har sagsøgeren med støtte fra Den Franske Republik foreholdt Kommissionen, at den ikke tog hensyn til alle de beviser, som EDF havde fremlagt i denne forbindelse, og at den nøjedes med at undersøge alle eller en del af de beviser, der var fremlagt af Den Franske Republik.

144 Det skal indledningsvis påpeges, at EDF's bemærkninger er af meget generel karakter og meget lidt præcise hvad angår identificeringen af de hævdede vigtige oplysninger i de dokumenter, som selskabet havde fremlagt for Kommissionen, og som denne undlod at tage i betragtning.

145 I stævningens punkt 77 har EDF således blot opstillet en tabel med en liste over 50 dokumenter (og ikke 53 som nævnt i stævningens punkt 78), som selskabet havde fremlagt for Kommissionen. EDF har oplyst, at hvad angår ti af disse dokumenter blev der henvist hertil i den anfægtede afgørelse, og har med hensyn til de øvrige dokumenter blot gjort gældende, at de ikke blev nævnt, og at Kommissionen heller ikke tog stilling til dem. De blev således afvist uden begrundelse, selv om det påhviler Kommissionen at tage hensyn til alle relevante faktiske og retlige elementer.

146 I stævningens punkt 80 har EDF endvidere henvist til »visse oplysninger, som blev afvist uden begrundelse«, i de dokumenter, der var vedlagt bilag A-7 til stævningen, og som efter selskabets opfattelse burde have foranlediget Kommissionen til at fastslå, at kriteriet om den private investor var anvendeligt på den omhandlede foranstaltning:

– »Dokument [nr.]18: »Bedre balance mellem rollerne som aktionær/medejer, tilsynsmyndighed og koncessionsgiver«.

– Dokument [nr.]20: »Kapitalisering af EDF ved konvertering af koncessionsgivers rettigheder for staten og tilknyttede hensættelser til fornyelse til kapital og ved konsolidering af kapitaltilførsler med henblik på at skabe et fast forrentningsgrundlag for aktionæren«.

– Dokument [nr.]22: »Forslag til udvikling af EDF's balance pr. 31.12.1994, RAG til egenkapital, tilpasning af koncessionsgivers rettigheder [vedrørende offentlig forsyning]«.

– Dokument [nr.]23: »Omstrukturering af egenkapitalen på balancens passivside« (jf. punkt 1.1, 1.2 og 1.3).

– Dokument [nr.]32: »Ambitiøst mål om forrentning til staten«.

– Dokument [nr.]50-56: rapporter fra kreditvurderingsbureauer om de virksomhedsresultater og -perspektiver, der blev anvendt som komparatorer i Oxeras analyse (udarbejdet i 2013). Disse dokumenter indeholder oplysninger om den økonomiske situation i Europa og beskriver de foranstaltninger, som virksomhederne traf for at tage højde for disse nye perspektiver. Der er tale om vigtige oplysninger, som Kommissionen uden begrundelse undlod at tage hensyn til.

– Dokument [nr.]57: »Morgan Stanley, pan-European utilities«: Dette væsentlige samtidige dokument, som klarlægger, hvilke metoder og hensyn en privat investor ville have lagt til grund, undlod Kommissionen uden nærmere forklaring at tage hensyn til«.

147 EDF har heraf konkluderet, at Kommissionen bevidst og uden begrundelse så bort fra dokumenter, der var i modstrid med dennes antagelse.

148 For det første var Kommissionen ikke i medfør af den forpligtelse til at udvise omhu, som der henvises til i præmis 138 ovenfor, nødt til at nævne eller tage stilling til alle de dokumenter, som EDF havde fremsendt til den, og hvis relevans for den undersøgelse, som Kommissionen skulle foretage, ikke var påvist af EDF, i den anfægtede afgørelse.

149 Kommissionen kan derfor ikke foreholdes at have tilsidesat sin forpligtelse til at udvise omhu i denne forbindelse.

150 For så vidt som EDF også hævder, at Kommissionen tilsidesatte sin begrundelsespligt, skal det desuden bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at begrundelsespligtens omfang afhænger af arten af den pågældende retsakt og den sammenhæng, hvori den er vedtaget. Begrundelsen skal klart og utvetydigt angive institutionens argumentation, dels for at gøre det muligt for Unionens retsinstanser at efterprøve afgørelsens lovlighed, dels for at gøre det muligt for de interesserede at gøre sig bekendt med begrundelsen for den trufne foranstaltning med henblik på at kunne varetage deres interesser og

afgøre, om afgørelsen er lovlig. Det kræves ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en afgørelses begrundelse opfylder kravene i artikel 296, stk. 2, TEUF, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes i forhold til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område. Navnlig er Kommissionen ikke forpligtet til at tage stilling til alle de argumenter, som de interesserede har fremført for den, og behøver kun at redegøre for de faktiske omstændigheder og retlige betragtninger, der har været afgørende med henblik på afgørelsens systematik (jf. dom af 6.3.2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale og Land Nordrhein-Westfalen mod Kommissionen, T-228/99 og T-233/99, EU:T:2003:57, præmis 278-280).

151 Det følger heraf, at det heller ikke i medfør af begrundelsespligten påhvilede Kommissionen at tage stilling til alle de dokumenter, som EDF havde fremsendt til den, i den anfægtede afgørelse.

152 EDF's argumentation kan derfor ikke tiltrædes, for så vidt som den vedrører en eventuel begrundelsesmangel.

153 Hvad for det andet angår de dokumenter, som EDF har nævnt i stævningens punkt 80, og hvor virksomheden har henvist til »oplysninger«, som Kommissionen overså eller undlod at tage hensyn til, må det fastslås, at de meget kortfattede citater, som EDF har påberåbt sig, ikke sigter til den omtvistede foranstaltning, som Kommissionen undersøgte, men udelukkende til den foranstaltning, som EDF fortolkede fejlagtigt, nemlig rekapitaliseringen af EDF. Hertil kommer, at den omtvistede foranstaltning ikke er omtalt – heller ikke perifert – i nogen af de nævnte dokumenter, hvis de læses i deres helhed. EDF's argumentation savner derfor grundlag i de faktiske omstændigheder.

154 Det må desuden konstateres, at EDF på ingen måde har forklaret, hvorfor de »oplysninger«, som virksomheden har henvist til i stævningens punkt 80, efter dens opfattelse vil kunne ændre radikalt ved eller ligefrem afkræfte Kommissionens vurdering af anvendeligheden af kriteriet om den private investor.

155 Som Kommissionen også har gjort gældende, skal det for det tredje påpeges, at selv om den ikke henviste udtrykkeligt til alle de dokumenter, som EDF har nævnt, må det alligevel fastslås, at de oplysninger, som virksomheden har peget på, og som der angiveligt blev set bort fra, faktisk blev taget i betragtning i den anfægtede afgørelse.

156 Præciseringen af den franske stats forskellige roller som aktionær, koncessionsgiver og reguleringsmyndighed (bilag A-7-18 til stævningen) og det »ambitiøse« mål om forrentning til staten (bilag A-7-32 til stævningen) er således omtalt i 89. betragtning og i 95. betragtning, tredje led, til den anfægtede afgørelse.

157 Rekapitaliseringen af EDF og det tilhørende forrentningsgrundlag for staten som aktionær (bilag A-7-20 til stævningen), forslagene til udvikling af balancen (bilag A-7-22 til stævningen) og omstruktureringen af EDF's egenkapital (bilag A-7-23 til stævningen) er beskrevet i forbindelse med de vilkår for transaktionen, som Den Franske Republik havde fastsat, i 25.-30. og 100.-103. betragtning til den anfægtede afgørelse.

158 Det samarbejde, der har fundet sted, og de møder, der er afholdt mellem EDF og ressortmyndighederne siden 1995, og hvorfra de dokumenter, som EDF har nævnt i stævningens punkt 80, stammer, var nævnt i 28., 89. og 90. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvori Kommissionen med rette fokuserede på de konklusioner, der blev draget, og ikke på forløbet.

159 Med hensyn til de rapporter fra kreditvurderingsbureauer, som blev taget i betragtning ved Oxera-undersøgelsens gennemførelse (bilag A-7-50 – A-7-56 til stævningen), og som var samtidige, i modsætning til Oxera-undersøgelsen, der stammer fra 2013, skal det i øvrigt fremhæves, at de ikke vedrører EDF specifikt og slet ikke den omtvistede foranstaltning.

160 Den første rapport, der stammer fra et kreditvurderingsbureau, har titlen »Rating methodology – European electric utilities« og vedrører en generel analyse af sektoren, som var under forandring i 1999. Den indeholder ingen konkret analyse af EDF's regnskabs- og skattemæssige situation som følge af virksomhedens balancestruktur og hensættelserne til fornyelse. Der henvises ikke engang til en rekapitalisering af virksomheden eller en omstrukturering af dens balance. En skematisk beskrivelse med generelle oplysninger om virksomhedens rating findes ét sted, nemlig på side 875 i bilagene til stævningen.

161 Bilag A-7-51 – A-7-55 til stævningen består af fem analyser, som et kreditvurderingsbureau har foretaget vedrørende andre virksomheder end EDF.

162 Disse forskellige rapporter er ikke meget bevendt, når det gælder om at begrunde eller forstå selve den omtvistede foranstaltning, og indeholder alene de baggrundsoplysninger, som Oxera-undersøgelsen var baseret på.

163 Selve Oxera-undersøgelsen, der blev udført i 2013, blev gennemgået og vurderet i 114. betragtning, tredje led, til den anfægtede afgørelse og blev dermed taget i betragtning af Kommissionen.

164 Hvad endelig angår bankrapporten, der vedrører hele den europæiske energisektor og ikke specifikt EDF (bilag A-7-57 til stævningen), bemærkes det, at Kommissionen i 144. betragtning, tredje led, til den anfægtede afgørelse forklarede, hvorfor den mente, at forrentningen til den franske stat af kapitaltilførslerne til EDF ikke var blevet fastlagt ud fra de udbytter, der blev udbetalt af andre virksomheder end EDF, og at der ifølge Den Franske Republik var taget hensyn til andre forhold, som havde begrundet dens afgørelse (den henviste i denne forbindelse til 87. betragtning, 102. betragtning, tredje led, 107. betragtning, ottende led, og 161. betragtning til den nævnte afgørelse).

165 Det må ligeledes konstateres, at Kommissionen også tog hensyn til de tre dokumenter, som Den Franske Republik har nævnt i interventionsindlægget.

166 Det må således konstateres, for det første at indholdet af EDF's finansdirektørs skrivelse af 19. februar 1997 vedrørende »de primære hypoteser for det finansielle scenarie, der var knyttet til serviceaftalen«, er beskrevet i 90. og 91. betragtning til den anfægtede afgørelse. I denne skrivelse henvises der på intet tidspunkt til den omtvistede foranstaltning, og det kan ikke konkluderes ud fra oplysningerne heri, at kriteriet om den private investor var anvendeligt, hvilket Kommissionen i øvrigt forklarede i 132. betragtning ff. til denne afgørelse.

167 For det andet indeholder EDF's analysenotat af 27. juli 1996 kun en meget generel beskrivelse af tilsynsmyndighedernes adfærd og afkastet til aktionærer i elsektoren i udlandet, men ingen operationel konklusion vedrørende EDF.

168 Hvad for det tredje angår EDF's skrivelse af 26. december 1995 og nærmere bestemt dens bilag med titlen »Tilpasning af EDF's balance pr. 31.12.1994« skal der endelig bemærkes følgende.

169 EDF's skrivelse af 26. december 1995 er vedlagt en række dokumenter. Det drejer sig for det første om en række diagrammer over balanceposterne før og efter omposteringen af »koncessionerne på offentlig forsyning« (også kaldet lokale forvaltningsmyndigheders koncessioner), som adskiller sig fra RAG-koncessionen, hvilket ses af bilag A-7-23 og A-7-24 til stævningen, som klart viser den forskellige behandling af de to typer koncessioner, der også er omtalt kort i rapport nr. 204, som korrigeret, fra hovedordfører Didier Migaud på vegne af Commission des finances (finansudvalget) (herefter »Migaud-rapporten«) (bilag I-8 til interventionsindlægget). For det andet er der med hensyn til de samme koncessioner vedlagt en »sammenligning mellem det nuværende regnskabssystem og det påtænkte nye system«. For det tredje vises den »finansiering fra koncessionsgiver og koncessionshaver, som har dannet grundlag for beregninger af udløb og for fastlæggelse af de to parters respektive andel af afskrivningen«, også med hensyn til de nævnte koncessioner. For det fjerde findes der et bilag med

titlen »Tilpasning af balancen pr. 31.12.1994«. Dette bilag består af tre dele: 1) »en detaljeret balance, der er tilpasset i overensstemmelse med EDF's seneste forslag i forbindelse med koncession og omstrukturering af balance«, hvor der sondres mellem koncessionerne »F. H.« og koncessionerne på offentlig forsyning (den tabel, der viser de sidstnævnte koncessioner, omfatter ganske vist de påtænkte ændringer af balancens passivposter i forlængelse af RAG's ændrede stilling, svarende til ændringerne i 1997, men der henvises ikke til de skattemæssige virkninger af omposteringen af udnyttede hensættelser), 2) »den samme balance, hvor der imidlertid fokuseres på tilpasninger vedrørende koncessioner [på offentlig forsyning]«, og 3 »en tredje tabel, der isolerer balanceposterne vedrørende koncessioner [på offentlig forsyning] (elementer, der er markeret med gråt i den foregående tabel) for at vise logikken i tilpasningerne vedrørende koncessioner [på offentlig forsyning]«. For det femte vises »den langsigtede udvikling i regnskabet vedrørende koncession [på offentlig forsyning]« samt visse summariske prognoser indtil 2015.

170 Det må på den ene side fastslås, at den omtvistede foranstaltning slet ikke er nævnt i EDF's skrivelse af 26. december 1995 eller i bilagene hertil.

171 Det må på den anden side konstateres, at Kommissionen tog hensyn til de få relevante oplysninger, der findes i EDF's skrivelse af 26. december 1995, i 25.-30. og 100.-103. betragtning til den anfægtede afgørelse, som desuden henviser til samarbejdet og møderne mellem den franske stat og EDF siden 1995, i 26., 89. og 90. betragtning. Disse betragtninger indeholder en nærmere redegørelse for den omtvistede foranstaltnings regnskabs- og skattemæssige aspekter, hvis rigtighed i øvrigt ikke er bestridt.

172 Det kan endelig ikke foreholdes Kommissionen, at den i den anfægtede afgørelse lagde vægt på konklusionerne af det arbejde, der blev iværksat mellem EDF og den franske stat forud for vedtagelsen af lov nr. 97-1026, og ikke på dets forløb, da det ikke fremgår heraf, at den omtvistede foranstaltning og dens hævdede investeringsmæssige virkninger blev taget i betragtning.

173 Med hensyn til tabellen i bilag 10 til interventionsindlægget, der indeholder kommenterede uddrag fra dokumenter, som der angiveligt ikke blev taget hensyn til, må det desuden – uden at det er nødvendigt at tage stilling til, om en sådan henvisning til en tabel i et interventionsindlæg kan antages til realitetsbehandling – fastslås, at der i ingen af de citerede afsnit eller kommentarer henvises til den omtvistede foranstaltning.

174 De uddrag, der er nævnt i præmis 173 ovenfor, vedrører udelukkende baggrunden for, at denne foranstaltning blev truffet, og det gøres ikke gældende, at Kommissionen ikke tog hensyn til denne baggrund.

175 Det må konkluderes, at EDF ikke har godtgjort, at Kommissionen tilsidesatte sin forpligtelse til at udvise omhu ved ikke at undersøge eller tage hensyn til de dokumenter, der var blevet fremsendt til den, og heller ikke har godtgjort, at Kommissionen tilsidesatte sin begrundelsespligt.

176 Det andet principale anbringendes første led må som følge heraf forkastes, da det delvis savner grundlag i de faktiske omstændigheder og i øvrigt er åbenbart ugrundet.

4. Det andet led

a) Parternes argumenter

177 Til støtte for det andet anbringendes andet led om sammenblanding af de elementer, der vedrørte henholdsvis anvendeligheden af kriteriet om den private investor, og de elementer, der var relevante for dets anvendelse, har EDF mindet om, at Kommissionen fastslog, at kriteriet ikke var anvendeligt i

det foreliggende tilfælde, eftersom Den Franske Republik »hverken før eller samtidig med tildelingen af den økonomiske fordel gennem den manglende indbetaling af selskabsskat traf beslutning om ved skattefritagelse at foretage en investering i EDF«.

178 Efter EDF's opfattelse er Kommissionens argumentation imidlertid støttet på en række unøjagtigheder ved vurderingen af de relevante faktiske og retlige elementer og i strid med den lære, der kan drages af dommene i sag T-156/04 og C-124/10 P.

179 Ifølge EDF fastslog Domstolen, at spørgsmålet om anvendeligheden af kriteriet om den private investor afhang af, i hvilken egenskab staten handlede, dvs. om den handlede som aktionær eller offentlig myndighed.

180 Da formålet med den omhandlede foranstaltning var at rekapitalisere en virksomhed, som staten er aktionær i, fandt Retten desuden, at denne foranstaltning i sagens natur kunne tyde på, at staten forfulgte et investeringsmæssigt formål, der kunne sammenlignes med det, som en privat investor kunne have forfulgt.

181 Den anfægtede afgørelse var således i strid med den lære, der kunne drages af dommen i sag T-156/04 med hensyn til antagelsen om en »skattegave«, og sammenblandede desuden nærmest systematisk betingelserne om kriteriets anvendelighed og betingelserne om dets anvendelse.

182 EDF har i denne forbindelse gjort gældende, at 132.-135. betragtning til den anfægtede afgørelse, der vedrører stigningen i forrentningen til staten, vedrører kriteriets anvendelse og ikke dets anvendelighed, hvilket også gælder for 140.-144. betragtning til den nævnte afgørelse, der omhandler spørgsmålet om den pågældende investerings rentabilitet.

183 EDF har endelig tilføjet, dels at præmis 82 og 84 i dommen i sag C-124/10 P ikke har det omfang, som Kommissionen har tillagt dem, og indebærer, at kriteriets anvendelighed relateres til den egenskab, hvori staten har handlet, dels at spørgsmålet om investeringsbeslutningens rentabilitet adskiller sig fra spørgsmålet om, i hvilken egenskab staten har handlet, og vedrører kriteriets anvendelse. Kommissionen undlod derfor at tage hensyn til dommen i sag C-124/10 P ved at anføre det modsatte.

184 Efter Den Franske Republiks opfattelse burde Kommissionen først have fastslået på selvstændig vis, om beslutningen om at rekapitalisere EDF var en beslutning truffet af staten som offentlig aktionær eller som offentlig myndighed, hvorefter den burde have undersøgt spørgsmålet om rentabiliteten, der efter dens opfattelse kun vedrører kriteriets anvendelse.

185 Kommissionen har anført, at denne argumentation er ugrundet.

b) Rettens bemærkninger

186 EDF har med støtte fra Den Franske Republik i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen systematisk sammenblandede den krævede vurdering vedrørende anvendeligheden af kriteriet om den private investor med vurderingen vedrørende dette kriteriums anvendelse.

187 EDF har i denne forbindelse gjort følgende gældende.

188 EDF har for det første påpeget, at Domstolen fastslog, at spørgsmålet om anvendeligheden af kriteriet om den private investor afhang af, om staten handlede i sin egenskab af aktionær eller offentlig myndighed. Da formålet med den omtvistede foranstaltning efter virksomhedens opfattelse var at rekapitalisere en virksomhed, som staten er aktionær i, fandt Retten i præmis 259 i dommen i

sag T-156/04, at denne foranstaltning i sagens natur kunne tyde på, at staten forfulgte et investeringsmæssigt formål, der kunne sammenlignes med det, som en privat investor kunne have forfulgt.

189 Denne argumentation kan ikke tiltrædes.

190 I modsætning til, hvad EDF har gjort gældende, er den omtvistede foranstaltning således ikke en foranstaltning til rekapitalisering af denne virksomhed, men den manglende beskatning af koncessionsgivers rettigheder (jf. præmis 106 og 107 ovenfor). Den omhandlede argumentation beror derfor på en fejlfortolkning af dommene i sag T-156/04 og C-124/10 P.

191 Det må desuden fastslås, at formålet med den omhandlede argumentation i virkeligheden er at få anerkendt, at det følger af dommene i sag T-156/04 og C-124/10 P, at staten handlede i sin egenskab af aktionær, fordi foranstaltningen var en rekapitaliseringsforanstaltning, og at staten derfor forfulgte et investeringsmæssigt formål, som i sagens natur kunne sammenlignes med det, som en privat investor ville have forfulgt, hvilket burde have foranlediget Kommissionen til at fastslå, at kriteriet var anvendeligt.

192 Det skal imidlertid bemærkes, at dommene i sagerne T-156/04 og C-124/10 P ikke foregreb anvendeligheden af kriteriet om den private investor.

193 Domstolen fastslog tværtimod følgende i dommen i sag C-124/10 P:

»82. […] hvis en medlemsstat under den administrative procedure påberåber sig nævnte kriterium,] påhviler] [det] den i tvivlstilfælde utvetydigt og på grundlag af objektive elementer, som kan efterprøves, at føre bevis for, at beslutningen om at gennemføre foranstaltningen blev truffet i dens egenskab af aktionær.

83. Det skal af disse elementer klart fremgå, at den pågældende medlemsstat forud for eller samtidigt med indrømmelsen af den økonomiske fordel […] har besluttet ved den foranstaltning, som faktisk er blevet gennemført, at investere i den kontrollerede offentlige virksomhed.«

194 Det er med andre ord ikke tilstrækkeligt, at staten hævder, at den har besluttet at foretage en investering, og at foranstaltningen er truffet i dens egenskab af aktionær – den skal også bevise det utvetydigt og på grundlag af objektive og samtidige elementer, som kan efterprøves.

195 Den omhandlede argumentation beror som følge heraf på en fejlfortolkning af dommene i sag T-156/04 og C-124/10 P.

196 For det andet har EDF med støtte fra Den Franske Republik i det væsentlige påpeget, at Kommissionen i forbindelse med undersøgelsen af kriteriets anvendelighed fejlagtigt foretog en vurdering af stigningen i forrentningen til den franske stat og foranstaltningens rentabilitet (som EDF med urette har betegnet som en »investering«), da disse kriterier efter EDF's opfattelse vedrører kriteriets anvendelse.

197 Domstolen fastslog imidlertid følgende i dommen i sag C-124/10 P:

»84. Der kan i denne forbindelse kræves beviser, hvoraf fremgår, at denne beslutning er baseret på økonomiske vurderinger, som kan sammenlignes med dem, som en rationel privat investor, som befinder sig i en situation, som ligger så tæt som muligt på den situation, som nævnte medlemsstat befinder sig i, under de foreliggende omstændigheder ville have udført inden at foretage en sådan investering med henblik på at fastslå den fremtidige rentabilitet af en sådan investering.

85. Derimod er økonomiske vurderinger foretaget efter tildelingen af nævnte fordel, den efterfølgende konstatering af, at den af den pågældende medlemsstat foretagne investering reelt var rentabel, eller efterfølgende begrundelser for valget af den fremgangsmåde, som blev fulgt, ikke tilstrækkelige til at godtgøre, at denne medlemsstat forud for eller samtidigt med denne tildeling har truffet en sådan beslutning i sin egenskab af aktionær (jf. i denne retning dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen, præmis 71 og 72).«

198 Det kan derfor ikke foreholdes Kommissionen, at den undersøgte den hævdede investerings rentabilitet allerede i forbindelse med vurderingen af kriteriets anvendelighed.

199 Det andet principale anbringendes andet led må som følge heraf forkastes i sin helhed.

5. Det tredje led

a) Parternes argumenter

200 EDF, som støttes heri af Den Franske Republik, har til støtte for det andet principale anbringendes tredje led anført, at Kommissionen med urette udelukkede, at kriteriet om den private investor var anvendeligt i det foreliggende tilfælde, med den begrundelse, at Den Franske Republik ikke sondrede mellem sin egenskab af offentlig myndighed og sin egenskab af investor, dvs. at den traf foranstaltningen både på grundlag af betragtninger, der vedrørte dens egenskab af aktionær, og på grundlag af betragtninger, der vedrørte den offentlige myndighed, hvilket ifølge Kommissionen viste, at de franske myndigheder havde sammenblandet betragtninger vedrørende forrentningen til staten og andre betragtninger vedrørende den skyldige skat efter omstruktureringen af EDF's balance i de dokumenter, som de havde fremsendt.

201 EDF er af den opfattelse, at dette argument både hviler på faktiske fejl som følge af selektiv og subjektiv fortolkning af dokumenterne og på en retlig fejl vedrørende selve arten af kriteriet om den private investor.

202 Med hensyn til de faktiske fejl finder EDF, at det fremgår af adskillige dokumenter og især af dokument nr. 23-25, som virksomheden havde vedlagt sine bemærkninger til Kommissionen i juli 2013 (bilag A-7-23 – A-7-25 til stævningen), at de virkninger, som den påtænkte omstrukturering af dens balance ville få for den skat, der skulle betales, blev undersøgt parallelt med, men særskilt fra konsekvenserne for indtjeningen til staten som aktionær, og at der ikke forelå nogen sammenblanding af de skatte- og investeringsmæssige betragtninger, som staten havde lagt vægt på.

203 Med hensyn til den retlige fejl har EDF gjort gældende, at Den Franske Republik i 137.-139. betragtning til den anfægtede afgørelse reelt foreholdes at have undersøgt de virkninger, som det på daværende tidspunkt forventedes, at omstruktureringen af virksomhedens balance ville få for dens skattemæssige situation og dermed for de fremtidige skatteopkrævninger, til trods for at den foretog denne undersøgelse parallelt med og særskilt fra undersøgelsen af konsekvenserne for forrentningen til staten som aktionær. Den Franske Republik har tilføjet, at en sådan tilgang er forenelig med Rettens praksis (dom af 24.9.2008, Kahla/Thüringen Porzellan mod Kommissionen, T-20/03, EU:T:2008:395).

204 Efter EDF's opfattelse er Kommissionens argumentation således udtryk for en manglende forståelse af arten af kriteriet om den private investor, samtidig med at den bryder med princippet om ligebehandling mellem staten og en sådan investor. Formålet med dette kriterium er således at gøre det muligt at sondre mellem de beslutninger, som staten kan træffe som investor, og de beslutninger, som den kan træffe som offentlig myndighed, men kriteriets anvendelighed kan ikke afvises med den

begrundelse, at de førstnævnte beslutninger kan eksistere side om side med de sidstnævnte. Kommissionens ræsonnement vidner endnu en gang om den overdrevne formalisme, som Retten tidligere har lagt den til last.

205 Kriteriet om den private investor kan kun udelukkes, når staten alene har handlet i sin egenskab af offentlig myndighed, og når den har taget hensyn til flere faktorer i sin investeringsbeslutning, er kriteriet ikke bare anvendeligt, men også nødvendigt for at kunne sondre mellem faktorer af økonomisk karakter, der er relevante for statsstøttereglerne, og andre faktorer, hvilket ses af Kommissionens meddelelse om begrebet statsstøtte i artikel 107, stk. 1, [TEUF] (EUT 2016, C 262, s. 1).

206 Det eneste spørgsmål, som Kommissionen burde have undersøgt, var efter EDF's opfattelse spørgsmålet om, hvorvidt en privat investor, som befandt sig i en situation, som lå så tæt som muligt på den situation, som staten befandt sig i, ville have foretaget investeringen i betragtning af dens forventede rentabilitet uden at inddrage de skattemæssige hensyn, som staten kunne undersøge særskilt, eller om kriteriet med andre ord var anvendeligt og blev anvendt korrekt, hvis man isolerede de elementer, der var forbundet med foranstaltningens definition, den egenskab, hvori dens ophavsmand handlede (rekapitalisering iværksat af staten i dens egenskab af aktionær), og dens rentabilitet.

207 EDF har tilføjet, at selv om der forelå sådanne myndigheds- og investorhensyn side om side, forhindrede det ikke Kommissionen i at anvende kriteriet om den private investor i dens afgørelse C(2015) 4569 final af 7. juli 2015 om hævdet støtte til Altrad, hvori den ikke principielt afviste kriteriets anvendelighed, men kontrollerede, om der var blevet anvendt korrekt. Ifølge EDF fremgår det således af retspraksis, at det nævnte kriteriums anvendelighed afhænger af, i hvilken egenskab staten har vedtaget foranstaltningen, hvilket dog ikke er til hinder for, at staten parallelt og ved en særskilt analyse undersøger alle de heraf følgende konsekvenser.

208 EDF har, henset til præmis 52 i dom af 24. oktober 2013, Land Burgenland m.fl. mod Kommissionen (C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P, EU:C:2013:682), anført, at der ved anvendelsen af kriteriet om den private investor ikke skal inddrages hensyn, som er forbundet med statens egenskab af offentlig myndighed, men at det til gengæld vil være i strid med ligebehandlingsprincippet at udlede heraf, at dette kriterium ikke er anvendeligt, alene fordi der foreligger sådanne hensyn sideløbende med økonomiske hensyn. Selv om sådanne hensyn ikke tages i betragtning i forbindelse med anvendelsen af dette kriterium, indebærer det således ikke, at de ikke er til stede i forbindelse med kriteriets anvendelighed.

209 EDF er desuden af den opfattelse, at Kommissionens bemærkning om, at det vil være vanskeligt at adskille de ikke-økonomiske hensyn fra den foranstaltning, der blev iværksat ved lov nr. 97-1026, blot er en cirkelslutning og strider mod de faktiske omstændigheder, da rekapitaliseringen blev gennemført ved den nævnte lov, hvorimod de andre hensyn (lavere priser og støtte til beskæftigelse) var omfattet af serviceaftalen.

210 I forbindelse med de bemærkninger, som EDF har fremsat i forlængelse af Frucona Košice-dommen, har virksomheden endelig med støtte fra Den Franske Republik anført, at Domstolen endnu en gang har bekræftet, at statsstøttebegrebet er af objektiv karakter, og fastslået, at den subjektive opfattelse, som staten kan have af den foranstaltning, som den gennemfører, ikke er relevant. Det følger efter sagsøgerens opfattelse heraf, at selv om det antages, at Den Franske Republik ikke sondrede klart mellem skattemæssige hensyn og investeringsmæssige hensyn, hvilket ikke var tilfældet, havde denne omstændighed i hvert fald ingen betydning for den vurdering, der skulle foretages i det foreliggende tilfælde.

211 Den Franske Republik er i øvrigt af den opfattelse, at det fremgår af forskellige dokumenter, som den har fremsendt til Kommissionen, at den først og fremmest støttede sig på aktionærhensyn, da den vedtog den omhandlede foranstaltning.

212 Den Franske Republik har for det første henvist til serviceaftalen, hvori der i et afsnit med overskriften »Hensigtsmæssig finansiering af offentlige tjenesteydelsesopgaver« sondres mellem metoder til finansiering af disse opgaver, hvilket efter dens opfattelse viser, at den franske stat var villig til at adskille sine myndighedshensyn fra de hensyn, som den tog i sin egenskab af aktionær.

213 Den Franske Republik har for det andet henvist til »Migaud-rapporten«, som blev fremlagt af parlamentsmedlem Didier Migaud den 12. september 1997, og som vedrørte udkastet til lov nr. 201, hvori han gennemgik myndighedshensynet og aktionærhensynet hver for sig. Ifølge Den Franske Republik beskrives det i denne rapport, hvilken indvirkning omstruktureringen af EDF's balance har på forholdet mellem bruttogæld og egenkapital og forholdet mellem nettogæld og egenkapital, hvorefter disse forhold – med og uden omstrukturering – sammenlignes med forholdene for EDF's vigtigste europæiske konkurrenter, hvilket viser EDF's store gældsætning i forhold til egenkapitalen sammenlignet med de europæiske konkurrenters gældsætningsgrad. Det fremgår også af denne rapport, at den franske stat først og fremmest støttede sig på aktionærhensyn.

214 Den Franske Republik har dernæst henvist til skrivelsen af 4. april 1995 til EDF fra kabinetsdirektørerne for ministrene for økonomi, industri, post og telekommunikation, udenrigshandel og budget vedrørende et arbejdsprogram for koncessioner (bilag A-7-17 til stævningen, herefter »skrivelsen af 4. april 1995«), som Kommissionen ikke tog hensyn til, og hvoraf det fremgik, at den franske stat i forbindelse med vedtagelsen af den omhandlede foranstaltning bl.a. var bekymret for, om denne foranstaltning var forenelig med statens interesser som aktionær. Det var efter dens opfattelse bl.a. nødvendigt at identificere »de ændringer, der i givet fald skal foretages i den eksisterende ordning for at beskytte statens interesser som aktionær bedst muligt i lyset af en eventuel ophævelse af monopolerne«. Den har oplyst, at den set i dette lys anmodede EDF om at fremlægge økonomiske analyser for den.

215 Den Franske Republik har endelig henvist til EDF's skrivelse af 31. oktober 1995 (bilag A-7-23 til stævningen, herefter »skrivelsen af 31. oktober 1995«) til budgetministeren, der bl.a. indeholdt et bilag med titlen »Forslag til omstrukturering af EDF's balance«, hvoraf det fremgik, at den franske stat først og fremmest tilstræbte at sikre EDF's faktiske rentabilitet og at forbedre virksomhedens økonomiske image.

216 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

b) Rettens bemærkninger

217 EDF har i det væsentlige anført, at Kommissionen ved at udelukke anvendeligheden af kriteriet om den private investor med den begrundelse at Den Franske Republik vedtog foranstaltningen både på grundlag af hensyn, der vedrørte dens egenskab af aktionær, og på grundlag af hensyn, der vedrørte den offentlige myndighed, både begik en retlig fejl og så bort fra de faktiske omstændigheder og forskellige dokumenter, der var blevet fremlagt for den.

1) Den hævdede retlige fejl

218 EDF har for det første gjort gældende, at Den Franske Republik ganske vist undersøgte, hvilke virkninger omstruktureringen af virksomhedens balance ville få for de fremtidige skatteopkrævninger, men at den foretog denne undersøgelse parallelt med og særskilt fra undersøgelsen af denne transaktions konsekvenser for forrentningen til den franske stat. For det andet er EDF af den opfattelse, at Kommissionen burde have nøjedes med at undersøge, om en privat investor henset til

rentabiliteten ville have foretaget en lignende investering uden at inddrage de skattemæssige hensyn, som den nævnte stat kunne undersøge særskilt ved at isolere de elementer, der var forbundet med foranstaltningens definition, og den egenskab, hvori dens ophavsmand handlede, dvs. den foreliggende rekapitalisering, som staten iværksatte i sin egenskab af aktionær. Formålet med dette kriterium er således at gøre det muligt at sondre mellem de beslutninger, som staten kan træffe som investor, og de beslutninger, som den kan træffe som offentlig myndighed, men selv om de to typer hensyn kan eksistere side om side, indebærer det ikke, at kriteriet ikke er anvendeligt. EDF har desuden anført, at det fremgår af retspraksis, at den subjektive opfattelse, som staten kan have af den foranstaltning, som den gennemfører, ikke er relevant, og at det følger heraf, at selv om det antages, at Den Franske Republik ikke sondrede klart mellem skattemæssige hensyn og investeringsmæssige hensyn, hvilket ikke var tilfældet, havde denne omstændighed i hvert fald ingen betydning for den vurdering, der skulle foretages i det foreliggende tilfælde.

219 Det skal indledningsvis bemærkes, at den omtvistede foranstaltning består i Den Franske Republiks manglende beskatning af koncessionsgivers rettigheder, dvs. de hensættelser til fornyelse, som EDF havde udnyttet, da de blev omposteret som kapital.

220 Den Franske Republik hævdede under den administrative procedure, at den skat, som den havde givet afkald på, udgjorde en supplerende kapitaltilførsel, at den således havde handlet i sin egenskab af aktionær i EDF, og at kriteriet om den private investor derfor skulle anvendes.

221 For det første skal der henset til præmis 80 og 81 i dommen i sag C-124/10 P, der er citeret i præmis 50 ovenfor, sondres mellem staten som aktionær og staten som offentlig myndighed, hvorved anvendeligheden af kriteriet om den private investor afhænger af, om den fordel, der er indrømmet til en virksomhed, er indrømmet af staten i dens egenskab af aktionær og ikke i dens egenskab af offentlig myndighed.

222 Da Den Franske Republik i overensstemmelse med præmis 82 og 83 i dommen i sag C-124/10 P havde påberåbt sig kriteriet om den private investor under den administrative procedure, påhvilede det den som følge heraf utvetydigt og på grundlag af objektive og samtidige elementer, som kunne efterprøves, at føre bevis for, at beslutningen om at gennemføre foranstaltningen blev truffet i dens egenskab af aktionær, og det skulle fremgå klart af disse elementer, at den forud for eller samtidig med tildelingen af den pågældende fordel, der i det foreliggende tilfælde bestod i manglende opkrævning af skat i forbindelse med koncessionsgivers rettigheders ompostering som kapitaltilførsel, ved denne foranstaltning besluttede at foretage en investering i EDF.

223 I overensstemmelse med præmis 84 i dommen i sag C-124/10 P kunne Den Franske Republik desuden med henblik på at godtgøre, at dens handling var af økonomisk karakter, fremlægge beviser for Kommissionen, hvoraf det fremgik, at denne beslutning var baseret på økonomiske vurderinger, som kunne sammenlignes med dem, som en rationel privat investor, som befandt sig i en situation, som lå så tæt som muligt på den situation, som Den Franske Republik befandt sig i, under de foreliggende omstændigheder ville have udført inden at foretage en sådan investering med henblik på at fastslå den fremtidige rentabilitet af en sådan investering.

224 Disse beviser skulle være samtidige med den omtvistede foranstaltning. I henhold til præmis 85 i dommen i sag C-124/10 P var økonomiske vurderinger foretaget efter tildelingen af nævnte fordel, den efterfølgende konstatering af, at den af den pågældende medlemsstat foretagne investering reelt var rentabel, eller efterfølgende begrundelser for valget af den fremgangsmåde, som blev fulgt, således ikke tilstrækkelige til at godtgøre, at denne medlemsstat forud for eller samtidig med denne tildeling havde truffet en sådan beslutning i sin egenskab af aktionær.

225 Det fremgår desuden af præmis 86 i dommen i sag C-124/10 P, at hvis den pågældende medlemsstat for Kommissionen fremlægger beviser af den art, som kræves, tilkommer det sidstnævnte at foretage en samlet vurdering, som ud over de af denne medlemsstat fremlagte beviser skal tage hensyn til alle

andre relevante beviser i sagen, som gør det muligt for den at afgøre, om beslutningen om at gennemføre den omhandlede foranstaltning er blevet truffet af nævnte medlemsstat i dens egenskab af aktionær eller dens egenskab af offentlig myndighed. Af relevans i denne forbindelse er navnlig denne foranstaltnings art og indhold, baggrunden herfor såvel som det forfulgte mål og de bestemmelser, som nævnte foranstaltning er omfattet af.

226 I det foreliggende tilfælde fremlagde Den Franske Republik og EDF forskellige beviser for Kommissionen for at godtgøre, at den franske stat havde besluttet at gennemføre foranstaltningen i sin egenskab af aktionær.

227 Kommissionen fastslog i det væsentlige, at de beviser, som Den Franske Republik og EDF havde fremlagt for den, ikke entydigt påviste, at den franske stat havde besluttet at foretage en investering ved ikke at opkræve skat i forbindelse med koncessionsgivers rettigheders ompostering som kapitaltilførsel (jf. navnlig 128.-131., 138. og 139. betragtning til den anfægtede afgørelse).

228 Kommissionen foretog således en vurdering af samtlige beviser, som den var i besiddelse af, og tog ud over de beviser, som Den Franske Republik havde fremlagt, hensyn til de relevante beviser, som EDF havde fremsendt, for at fastslå, om den franske stat havde besluttet at træffe den omtvistede foranstaltning i sin egenskab af aktionær eller i sin egenskab af offentlig myndighed, og den undersøgte bl.a. denne foranstaltnings art og indhold, baggrunden herfor og de bestemmelser, som den var omfattet af (jf. 145. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse), efter at have undersøgt de øvrige beviser, der var blevet fremsendt til den.

229 Kommissionen begik derfor ikke nogen retlig fejl i forbindelse med sin anvendelse af betingelserne for anvendeligheden af kriteriet om den private investor.

230 EDF's og Den Franske Republiks antagelse om, at Kommissionen burde have nøjedes med at undersøge, om en privat investor, henset til rentabiliteten, ville have foretaget en lignende investering uden at tage hensyn til de skattemæssige hensyn, som staten angiveligt kunne undersøge »særskilt« ved at isolere de elementer, der var forbundet med foranstaltningens definition, og den egenskab, hvori dens ophavsmand handlede – dvs. den foreliggende rekapitalisering, som staten iværksatte i sin egenskab af aktionær – skyldes reelt en fejlfortolkning af præmis 80-86 i dommen i sag C-124/10 P.

231 Kommissionen kunne således ikke se bort fra de elementer, som viste, at der forelå myndighedshensyn, og kun undersøge de elementer, der støttede antagelsen om en sådan investering. En sådan tilgang ville ikke være forenelig med behovet for at vurdere alle relevante beviser for at fastslå, om medlemsstaten besluttede at træffe den omhandlede foranstaltning i sin egenskab af aktionær eller i sin egenskab af offentlig myndighed, herunder baggrunden for den omtvistede foranstaltning og dens art.

232 Det kan ganske vist ikke udelukkes, at der i givet fald kan foreligge eventuelle myndighedshensyn sammen med aktionærhensyn, men de vil ikke påvirke vurderingen af spørgsmålet om, hvorvidt den samme foranstaltning ville være blevet truffet under normale markedsvilkår af en privat investor, som befinder sig i en situation, som ligger så tæt som muligt på den situation, som staten befinder sig i. Der skal således kun tages hensyn til de fordele og forpligtelser, som er forbundet med sidstnævntes situation i dens egenskab af aktionær, og ikke dem, som er forbundet med dens egenskab af offentlig myndighed (dommen i sag C-124/10 P, præmis 79).

233 I det foreliggende tilfælde har hverken Den Franske Republik eller EDF påvist, at den franske stat forud for eller samtidig med tildelingen af et beløb, som svarede til den skat, den gav afkald på i forbindelse med koncessionsgivers rettigheders ompostering som kapitaltilførsel, havde besluttet at foretage en investering ved den foranstaltning, som faktisk var blevet gennemført, eller at der blev truffet en sådan beslutning baseret på økonomiske vurderinger, som kunne sammenlignes med dem, som en rationel privat investor, som befandt sig i en situation, som lå så tæt som muligt på den situation, som nævnte

medlemsstat befandt sig i, under de foreliggende omstændigheder ville have udført inden at foretage en sådan investering med henblik på at fastslå den fremtidige rentabilitet af en sådan investering (jf. i denne retning dommen i sag C-124/10 P, præmis 83, 84 og 104).

234 Hvis det fremgår, at der ikke foreligger sådanne aktionærhensyn, må Kommissionen fastslå, at kriteriet om den private investor ikke finder anvendelse.

235 Denne konklusion berøres ikke af EDF's argumentation vedrørende dom af 24. oktober 2013, Land Burgenland m.fl. mod Kommissionen (C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P, EU:C:2013:682), der således ikke er relevant, eftersom de betragtninger, som Domstolen anlagde i denne doms præmis 52, specifikt vedrører anvendelsen og ikke anvendeligheden af kriteriet om den private investor og derfor ikke kan begrunde, at der kun lægges vægt på aktionærhensyn i forbindelse med vurderingen af kriteriets anvendelighed.

236 Denne konklusion berøres heller ikke af de argumenter, som EDF har fremført med støtte i Kommissionens afgørelse C(2015) 4569 final af 7. juli 2015 om hævdet støtte til Altrad.

237 For det første var den foranstaltning, som var omhandlet i den sag, der lå til grund for den pågældende afgørelse, et direkte indskud fra Fonds stratégique d'investissement (den strategiske investeringsfond) i Altrads aktiekapital ledsaget af en option for et supplerende beløb, og Kommissionen havde ikke rejst tvivl om, at transaktionen udgjorde en investering.

238 Selv om det for det andet antages, at transaktionerne er sammenlignelige, er statsstøttebegrebet ikke desto mindre et objektivt begreb, som indebærer, at foranstaltningen kun kvalificeres som støtte, hvis den kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne og fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene, som fastlægges på det tidspunkt, hvor Kommissionen træffer sin afgørelse, og som alene afhænger af spørgsmålet om, hvorvidt en statslig foranstaltning medfører en fordel for en eller flere virksomheder eller ej. Kommissionens beslutningspraksis på området, hvis indhold også er omtvistet blandt parterne, er derfor ikke afgørende (jf. dom af 4.3.2009, Associazione italiana del risparmio gestito og Fineco Asset Management mod Kommissionen, T-445/05, EU:T:2009:50, præmis 145 og den deri nævnte retspraksis; jf. i denne retning også dom af 20.5.2010, Todaro Nunziatina & C., C-138/09, EU:C:2010:291, præmis 21).

239 Denne konklusion anfægtes heller ikke af de argumenter, som EDF har fremført i forlængelse af Frucona Košice-dommen, og hvorefter Den Franske Republiks »subjektive opfattelse« af foranstaltningen ikke er relevant, hvilket medfører, at det ikke har nogen betydning, om der sondres klart mellem aktionærhensyn og myndighedshensyn i forbindelse med den omtvistede foranstaltnings vedtagelse.

240 Med hensyn til Frucona Košice-dommens virkning skal der således mindes om, at kriteriet om den private kreditor eller den private investor ikke udgør en undtagelse, som kun finder anvendelse efter anmodning fra en medlemsstat, når de elementer, som udgør en statsstøtte, der er uforenelig med fællesmarkedet som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF, foreligger. Dette kriterium er således, når det finder anvendelse, blandt de elementer, som Kommissionen har pligt til at tage hensyn til for at fastslå, om der foreligger en sådan støtte (Frucona Košice-dommen, præmis 23, og dommen i sag C-124/10 P, præmis 103).

241 Når det viser sig, at kriteriet om den private kreditor kan finde anvendelse, er Kommissionen som følge heraf forpligtet til at undersøge, om dette er tilfældet, uanset om den pågældende medlemsstat har anmodet herom, og der er således intet til hinder for, at modtageren af støtten kan påberåbe sig, at dette kriterium finder anvendelse (jf. i denne retning Frucona Košice-dommen, præmis 25 og 26).

242 Domstolen har endelig præciseret, at der i de to sidstnævnte tilfælde, hvor medlemsstaten ikke har påberåbt sig kriteriet om den private investor, med henblik på at afgøre, om dette kriterium finder anvendelse, skal tages udgangspunkt i den økonomiske karakter af medlemsstatens handling, og ikke i hvordan den pågældende medlemsstat subjektivt mente, at den handlede, eller hvilke alternative handlemåder den overvejede forud for vedtagelsen af den pågældende foranstaltning (jf. i denne retning Frucona Košice-dommen, præmis 12 og 27).

243 Domstolen har imidlertid fastslået, at hvis en medlemsstat påberåber sig kriteriet om den private investor under den administrative procedure, påhviler det den i tvivlstilfælde utvetydigt og på grundlag af objektive elementer, som kan efterprøves, at føre bevis for, at beslutningen om at gennemføre foranstaltningen blev truffet i dens egenskab af aktionær, idet det af disse elementer klart skal fremgå, at den pågældende medlemsstat forud for eller samtidig med indrømmelsen af den økonomiske fordel har besluttet ved den foranstaltning, som faktisk er blevet gennemført, at investere i den kontrollerede offentlige virksomhed (jf. i denne retning dommen i sag C-124/10 P, præmis 82 og 83).

244 Derimod er økonomiske vurderinger foretaget efter tildelingen af nævnte fordel, den efterfølgende konstatering af, at den af den pågældende medlemsstat foretagne investering reelt var rentabel, eller efterfølgende begrundelser for valget af den fremgangsmåde, som blev fulgt, ikke tilstrækkelige til at godtgøre, at denne medlemsstat forud for eller samtidig med denne tildeling har truffet en sådan beslutning i sin egenskab af aktionær (jf. i denne retning dommen i sag C-124/10 P, præmis 85 og 104).

245 Som det bemærkes i præmis 232 ovenfor, skal der med henblik på vurderingen af, om den samme foranstaltning ville være blevet truffet under normale markedsvilkår af en privat investor, som befinder sig i en situation, som ligger så tæt som muligt på den situation, som staten befinder sig i, endvidere kun tages hensyn til de fordele og forpligtelser, som er forbundet med sidstnævntes situation i dens egenskab af aktionær, og ikke dem, som er forbundet med dens egenskab af offentlig myndighed (dommen i sag C-124/10 P, præmis 79).

246 For at fastslå, om kriteriet om den private investor faktisk var anvendeligt i det foreliggende tilfælde, påhvilede det derfor Kommissionen at undersøge, om Den Franske Republik utvetydigt og på grundlag af objektive og samtidige elementer, som kunne efterprøves, havde ført bevis for, at beslutningen om at gennemføre foranstaltningen blev truffet i dens egenskab af aktionær, og om Den Franske Republik til dette formål havde fremlagt elementer, hvoraf det klart fremgik, at den forud for eller samtidig med indrømmelsen af den pågældende fordel og på grundlag af den krævede forudgående økonomiske vurdering af rentabiliteten havde besluttet at investere i EDF ved den foranstaltning, som faktisk var blevet gennemført.

247 Det må fastslås, at Kommissionen foretog denne undersøgelse i 126.-154. betragtning til den anfægtede afgørelse.

248 EDF's argumentation, der støttes af Den Franske Republik, kan derfor ikke tiltrædes.

249 EDF's anbringende om, at Kommissionen havde fastslået, at kriteriet om den private investor ikke var anvendeligt, alene med støtte i »sammenblandingen« af aktionær- og myndighedshensyn, må endelig også forkastes, da det savner grundlag i de faktiske omstændigheder.

250 Kommissionen konkluderede således efter en samlet vurdering og efter at have undersøgt alle forhold, der kunne være relevante, at foranstaltningen ikke udgjorde en investering fra Den Franske Republiks side, da det ikke var påvist, at der forelå aktionærhensyn, på grundlag af objektive og samtidige elementer, som kunne efterprøves, hvilket Domstolen krævede i præmis 82-85 i dommen i sag C-124/10 P.

251 EDF's og Den Franske Republiks argumentation om, at Kommissionen begik en retlig fejl, må som følge heraf forkastes.

2) De hævdede faktiske fejl

252 EDF har gjort gældende, at det fremgår af adskillige dokumenter og især af dokument nr. 23-25 (bilag A-7-23 – A-7-25), som virksomheden havde vedlagt sine bemærkninger til Kommissionen i juli 2013, at de virkninger, som den påtænkte omstrukturering af dens balance ville få for den skat, der skulle betales, blev undersøgt parallelt med, men særskilt fra konsekvenserne for indtjeningen til staten som aktionær, og at disse dokumenter ikke viser nogen sammenblanding af de skatte- og investeringsmæssige forhold, som staten havde lagt vægt på. Den Franske Republik har også påpeget, at det fremgår af forskellige dokumenter, som den havde sendt til Kommissionen, at den først og fremmest støttede sig på aktionærhensyn, da den vedtog den omhandlede foranstaltning.

253 Det skal indledningsvis fremhæves, at ser man på de dokumenter, som EDF og Den Franske Republik har påberåbt sig, fremgår det ikke af noget dokument forud for Den Franske Republiks svar til Kommissionen i 2002, at der skulle betales skat af koncessionsgivers rettigheder, dvs. de hensættelser, som EDF udnyttede i forbindelse med rettighedernes ompostering som kapitaltilførsel, og det fremgår heller ikke, at den manglende beskatning burde betragtes som en supplerende investering i EDF's kapital, hvilket Kommissionen gav udtryk for i 128. og 129. betragtning til den anfægtede afgørelse.

254 Hvad angår de af EDF nævnte dokumenter, som angiveligt viser, at der ikke forelå nogen sammenblanding af hensyn vedrørende skatten og hensyn vedrørende forrentningen til staten, skal der bemærkes følgende.

255 Bilag A-7-23 til stævningen er skrivelsen af 31. oktober 1995, som blev sendt til budgetministeren mere end to år før vedtagelsen af lov nr. 97-1026, og hvortil der er knyttet to bilag, nemlig et dokument på tre sider med titlen »Forslag til omstrukturering af EDF's balance« og en tabel med titlen »Forslag til udvikling af EDF's balance«.

256 Dokumentet på tre sider, som er vedlagt skrivelsen af 31. oktober 1995, består af tre afsnit, der indeholder en generel gennemgang af henholdsvis »[o]mstrukturering af egenkapitalen på balancens passivside« og nærmere bestemt omposteringen af koncessionsgivers rettigheder som kapital, »[j]ustering af koncessionsgivers rettigheder vedrørende »lokale forvaltningsmyndigheder« og af koncessioner [på offentlig forsyning]« og endelig »[a]fvikling af skattemæssig overførsel af underskud«.

257 Afsnit 1.1 i det pågældende dokument vedrører »ompostering af koncessionsgivers rettigheder for staten og af hensættelser til fornyelse som kapital«. Heri beskrives forslaget om »rekapitalisering af EDF […] ved konvertering af koncessionsgivers rettigheder vedrørende RAG og den tilsvarende hensættelse til fornyelse til kapital«, og det fremgår, at denne »transaktion [resulterede] i en tilbagevenden til regnskabsanalysen fra før 1987«.

258 I afsnit 1.2 i det pågældende dokument med overskriften »Konsolidering af kapitaltilførsler i EDF's kapital« nævnes det, at »[konsolideringen af kapitaltilførslerne] vil styrke tilførslernes karakter af »aktionærindskud«, eftersom de havde »karakter af en kapitalforhøjelse, selv om de ifølge dekretet fra 1956 snarere [mindede] om et rentebærende lån«.

259 Afsnit 1.3 i det pågældende dokument vedrører »disse to foranstaltningers konsekvenser«, og det fremgår, at de indebærer »følgende to fordele«:

– »Staten kan tilstræbe at sikre EDF's faktiske rentabilitet i form af udbytte af virksomhedens kapital, dvs. af de beløb, som aktionæren anses for at have indskudt. Med hensyn til konsolideringen af kapitalen afslutter foranstaltningerne den strid, der opstod i forbindelse med skattekontrollen i 1982, dvs. striden om, hvorvidt forrentningen har karakter af »udbytte« eller »renter«.«

– »EDF vil forbedre sit økonomiske image ved at råde over en kapital på ca. 85 mia. FRF (mod 2,6 mia. FRF i dag) og en nettoformue på 80 mia. FRF (mod 19,9 mia. FRF i dag) inden hensyntagen til foranstaltninger til reduktion af det fremførte underskud. Disse omposteringer modsvarer desuden kritikken fra revisionsretten, som ikke betragter de statslige koncessioner som egentlige koncessioner.«

260 Det skal for det første bemærkes, at spørgsmålet om »kapitalindskuddet«, der netop er omhandlet i skrivelsen af 31. oktober 1995, i hvert fald ikke vedrører den manglende opkrævning af den skat, der skulle svares af koncessionsgivers rettigheder, hvilket slet ikke er nævnt heri.

261 Det må for det andet fastslås, at regnskabs-, skatte- og aktionærhensyn er tæt forbundet i dokumentet på tre sider, der er vedlagt skrivelsen af 31. oktober 1995, og at der endvidere ikke foretages nogen vurdering eller bedømmelse af rentabiliteten i forbindelse med koncessionsgivers rettigheders ompostering som kapital.

262 Bilag A-7-24 til stævningen er EDF's interne notat på to af 7. december 1995 med titlen »Oprindelse, indhold og konsekvenser af forslagene til omstrukturering af EDF's balance« (herefter »det interne notat af 7. december 1995«).

263 I den første del af det interne notat af 7. december 1995 beskrives den franske revisionsrets kontroller og deres indvirkning på hensættelserne til fornyelse samt skattemyndighedernes undersøgelse i 1994 og i den anden del, der består af tre led, formålene med de forslag til omstrukturering af balancens passivposter, der blev fremlagt for ministeriet, hvorefter notatet henviser til den »dobbelte tilgang«, som EDF havde foreslået, og som for det første gik ud på at omstrukturere virksomhedens balance, hvilket navnlig ville medføre en sanering af de »økonomiske forbindelser mellem EDF og [den franske stat]. Staten kan fremover tilstræbe at sikre EDF's faktiske rentabilitet i form af et udbytte, der er baseret på virksomhedens kapital«. Det var for det andet hensigten at »præcisere den regnskabsmæssige opstilling af koncessionerne på offentlig forsyning«.

264 Det må endnu en gang fastslås, at rentabiliteten i forbindelse med koncessionsgivers rettigheders ompostering som kapital kun er nævnt i det interne notat af 7. december 1995, som ikke indeholder nogen som helst vurdering, og at der under alle omstændigheder ikke henvises til den manglende beskatning af de nævnte koncessionsgivers rettigheder r i dette notat.

265 Selv om det antages, at det interne notat af 7. december 1995 kan betragtes som en særskilt og »parallel« analyse af virkningerne af rekapitaliseringen af EDF, er det ikke relevant for undersøgelsen af den omtvistede foranstaltning og udgør kun et indicium om baggrunden for, at den blev vedtaget.

266 Det må desuden konstateres, at det hverken fremgår af det interne notat af 7. december 1995, hvis indhold reelt svarer til indholdet af skrivelsen af 31. oktober 1995, eller af den sidstnævnte skrivelse, at staten udførte eller fik udført en detaljeret analyse af de pågældende aktionær-, forrentnings- og rentabilitetshensyn med henblik på rekapitaliseringen af EDF.

267 Endelig består bilag A-7-25 til stævningen af en skrivelse af 10. april 1997 fra EDF til finansministeriets kontorchef (herefter »skrivelsen af 10. april 1997«), som er vedlagt en enkelt side, der indeholder en skematisk beskrivelse med overskriften »Prognoser for betalinger til staten i 1997 og 1998«.

268 Selv om skrivelsen af 10. april 1997 tilstræber at give en kortfattet redegørelse for, hvilken indtjening den franske stat vil kunne opnå, må det imidlertid fastslås, at denne redegørelse samtidig og helt afhænger af de skattemæssige virkninger af de betalinger, der foretages til denne stat.

269 Det er således ikke muligt at betragte skrivelsen af 10. april 1997 som en særskilt og »parallel« analyse af statens indtjening som aktionær, således som EDF har hævdet, medmindre der ses bort fra halvdelen af dens indhold.

270 Det fremgår som følge heraf ikke af de dokumenter, som EDF har henvist til, at den franske stat foretog en særskilt og selvstændig analyse af de hensyn, som den franske stat tog i betragtning i sin egenskab af aktionær, i forbindelse med den omtvistede foranstaltning, og de viser i modsætning til det af EDF anførte heller ikke, at der ikke forelå nogen sammenblanding af hensyn vedrørende skatten og hensyn vedrørende forrentningen til staten.

271 Hvad dernæst angår de beviser, som Den Franske Republik har fremlagt, skal det bemærkes, at den dels har henvist til en tabel i bilag 11 til interventionsindlægget, som næsten ordret gengiver de citater og kommentarer, der kan læses i tabellen i bilag 10 til det nævnte indlæg, som indeholder uddrag fra forskellige dokumenter, og som er fremlagt til støtte for argumenterne i forbindelse med det andet principale anbringendes første led, dels har henvist til flere af disse dokumenter, der er angivet »som eksempler«, i dette indlæg.

272 De dokumenter, der er angivet som eksempler, omfatter først og fremmest serviceaftalen.

273 Det må fastslås, at myndighedshensynene ikke bare er tæt knyttet til aktionærhensynene i serviceaftalen, men tydeligvis også vejer tungest.

274 De myndighedshensyn, som er nævnt i serviceaftalen, og som navnlig vedrører gennemførelsen af den statslige energipolitik, behovet for at garantere forsyningssikkerheden under hensyntagen til miljøet og til en overkommelig pris og forsyninger af høj kvalitet til forbrugerne, uanset hvor de befinder sig, støtte til beskæftigelse og økonomisk aktivitet, solidariske ydelser til dårligt stillede kunder og fysisk planlægning, er beskrevet i denne aftales afsnit I med overskriften »Fokus på den offentlige virksomheds grundlæggende opgaver«, som består af tre afdelinger med overskrifterne »Fem fornyede og styrkede offentlige tjenesteydelsesopgaver«, »Medvirken til fysisk planlægning og solidaritet« og »På vej mod en ny lovgivning for elsektoren«.

275 Serviceaftalens afsnit II sigter mod »[f]orberedelse nu af virksomhedens fremtid« og sikring af dens udvikling i Frankrig (ved forbedring af resultaterne og prioriteret udnyttelse af produktivitetsforbedringer til prisnedsættelser, ved justering af prisstrukturen med lavere priser til følge, EDF's forbindelser til uafhængige producenter og ved udvikling af tjenesteydelser, navnlig gennem kundeloyalitetsordninger, bedre positionering på elmarkeder og relaterede markeder ved hjælp af egnede kommercielle værktøjer, dvs. »erhvervsstøtte« svarende til 2,8 mia. FRF), erobring af nye udenlandske markeder (i denne forbindelse henvises der udelukkende til behovet for at tage hensyn til »rentabiliteten af den investerede egenkapital« uden nærmere præcisering herom), bidrag til innovation og teknologiske fremskridt (forskning og udvikling samt partnerskaber med franske virksomheder) samt »inddragelse af alle virksomheder i udviklingen« (i denne afdeling behandles spørgsmål vedrørende menneskelige ressourcer: forvaltning af menneskelige ressourcer, uddannelse, forbedring af arbejdets tilrettelæggelse og af sikkerheden, lønpolitik, social samhørighed osv.).

276 De myndighedshensyn, der er nævnt i serviceaftalens afsnit II, er således tæt forbundet med mere overordnede hensyn, som vedrører virksomhedens fremtidige udvikling, men som ikke kan betragtes som aktionærhensyn, hvor formålet er at vurdere rentabiliteten af en investering og ikke mindst en investering, der foretages i forbindelse med den omtvistede foranstaltnings gennemførelse.

277 Serviceaftalens afsnit III med overskriften »Bringe virksomheden ind i en ny finansiel og institutionel ramme« består af tre sider, hvor følgende formål beskrives enkeltvis: »[s]tabilisering af forholdet til staten som aktionær«, [h]ensigtsmæssig finansiering af opgaver af almen interesse«, »[u]dformning af de værktøjer, der er nødvendige for at videreudvikle lovgivningen«, »[t]ilvejebringelse af ressourcer til forberedelse af fremtiden« og »[m]etoder til opfølgning på mål og forpligtelser«.

278 På disse tre sider er omstruktureringen af EDF's balance kun omtalt i to passager, og i det ene tilfælde henvises der på en temmelig kryptisk måde til forrentningen til den franske stat.

279 Den første passage, som ikke er til nogen særlig hjælp, findes i indledningen til serviceaftalens afsnit III og har følgende ordlyd:

»EDF's balance vil blive omstruktureret med det dobbelte formål at styrke virksomhedens egenkapital og stabilisere den økonomiske forbindelse mellem staten og EDF på et grundlag, der nærmer sig almindelig ret.«

280 Den anden passage, der findes i et underafsnit med overskriften »Stabilisering af forholdet til staten som aktionær« i serviceaftalens afsnit III, er affattet således:

»Forrentningen til staten består af to elementer:

– et afkast af kapitaltilførslerne til en rentesats på 3%

– en supplerende forrentning svarende til 40% af virksomhedens nettoresultat.«

281 Det skal bemærkes, at der i de pågældende passager hverken henvises til en supplerende investering, som svarer til den franske stats skattetilgodehavende, eller til dens rentabilitet i forbindelse med disse oplysninger, der kun vedrører forrentningen til den nævnte stat.

282 Serviceaftalen synes derfor ikke at være relevant for godtgørelsen af, at forrentningen til den franske stat og de pågældende aktionærhensyn samt ikke mindst de hensyn, der vedrørte den omtvistede foranstaltning, blev vurderet selvstændigt og særskilt fra de pågældende myndighedshensyn.

283 Det andet dokument, som Den Franske Republik har henvist til, er et uddrag fra »Migaud-rapporten« til nationalforsamlingen, som blev fremlagt med henblik på vedtagelsen af lov nr. 97-1026.

284 Den første del af »Migaud-rapporten« beskriver den historiske baggrund for de koncessionerede aktivers ejendomsmæssige stilling (koncessionering af aktiver, regnskabsmæssige konsekvenser og revisionsrettens holdning), som resulterede i, at lovforslaget blev fremsat.

285 Den anden del af »Migaud-rapporten« omhandler den »regnskabsmæssige tilpasning«, som krævedes i revisionsrettens udtalelse, og som medførte »ændringer af de økonomiske forbindelser mellem staten og EDF«.

286 Det første underafsnit i »Migaud-rapporten« fokuserer på de regnskabsmæssige konsekvenser, der skal drages af anerkendelsen af RAG's ejerskab og den heraf følgende ændring af EDF's egenkapitalstruktur: »modværdien af de koncessionerede aktiver vedrørende RAG-koncessionen, der er opført som egenkapital i kategorien »Anden egenkapital«, tillægges kategorien »Egenkapital« for at tage hensyn til anlæggenes ejendomsmæssige stilling«.

287 I »Migaud-rapporten« beskrives dernæst de faktiske regnskabsmæssige bevægelser, som den omtvistede foranstaltning indebar (nævnt i 28. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse).

288 Den manglende beskatning af koncessionsgivers rettigheder er imidlertid ikke nævnt i denne forbindelse.

289 Det andet underafsnit i »Migaud-rapporten« vedrører ændringerne af de økonomiske forbindelser mellem den franske stat og EDF og angiver vilkårene for forrentningen til denne stat efter de forestående regnskabsmæssige ændringer:

»Denne forrentning består af to dele.

Den første del er et afkast af kapitaltilførslerne til en rentesats, der fastsættes hvert år ved tværministeriel bekendtgørelse. Ifølge dekretet må denne sats ikke overstige 8%. Den har siden 1989 været fastsat til 5%.

Den anden del er en supplerende forrentning (»udbyttet«), der beregnes af virksomhedens resultat efter skat og den faste rente.

Satsen fastsættes ved bekendtgørelse på grundlag af de forventede driftsresultater.

[…]

Da kapitaltilførslerne udgør beregningsgrundlaget for den faste rente, risikerede kapitalforøgelsen som følge af denne artikel at øge opkrævningerne hos EDF. Der er derfor påtænkt en ændring af forrentningsbetingelserne i serviceaftalen for 1997-2000 underskrevet den 8. april 1997.

Den faste rentesats nedsættes til 3% for at kompensere for virkningen af det forøgede beregningsgrundlag. Det årlige beløb, der svarer til den faste rente, nedsættes således fra 1 816 mio. FRF til 1 522 mio. FRF.

Den supplerende forrentning til staten fastsættes til 40% af virksomhedens nettoresultat.

Det præciseres endelig, at summen af disse to elementer ikke må overstige 6% af kapitaltilførslerne (svarende til et loft på 3 044 mio. FRF, henset til de tilførsler, der følger af denne artikel).«

290 I »Migaud-rapporten« beskrives dernæst de skattemæssige konsekvenser af de ændringer, der blev foretaget.

291 Der præciseres bl.a. følgende i »Migaud-rapporten«:

»Stigningen i henlæggelser i forbindelse med den fremførte RAG-koncession vil medføre, at de negative regnskabsmæssige og skattemæssige overførsler afvikles på én gang.

For det første resulterer den direkte stigning på 38,5 mia. FRF i en negativ regnskabsmæssig overførsel på 18,3 mia. FRF, hvilket medfører en forøgelse af nettoaktiverne, som skal pålægges [selskabsskat]. Artikel 38-2 i [code général des impôts] bestemmer således, at nettoresultatet er forskellen mellem værdien af nettoaktiverne ved regnskabsårets afslutning og begyndelse. Da der »ved nettoaktiver forstås det beløb, hvorved aktiverne overstiger den del af de samlede passiver, der udgøres af gæld til tredjemand, dokumenterede afskrivninger og hensættelser«, resulterer stigningen i hensættelser automatisk i et højere nettoresultat.

For det andet skal EDF for at tage hensyn til revisionsrettens bemærkninger til koncessionerne »Vandkraft« og »Offentlig forsyning« foretage regnskabsmæssige justeringer, som medfører, at virksomhedens skattemæssige overførsel nedsættes med 14 mia. FRF.

Der forventes derfor en samlet positiv overførsel på 3,4 mia. FRF.

Ifølge de oplysninger, som økonomi-, finans- og industriministeriet har fremlagt for hovedordføreren, vil den selskabsskat, som den offentlige virksomhed skal betale [i forlængelse af] disse reformer, udgøre 3 mia. FRF i 1997 og 2,5 mia. FRF i 1998.«

292 Det må fastslås, at der i »Migaud-rapporten« ikke henvises til den manglende beskatning af koncessionsgivers rettigheder i forbindelse med deres konvertering til kapitaltilførsel i forbindelse med de regnskabsmæssige justeringer, men heller ikke i forbindelse med de skattemæssige konsekvenser, selv om det pågældende tilgodehavende ifølge det svar, som Den Franske Republik gav Kommissionen i notatet af 9. april 2002, også skyldes et udsving i nettoaktiverne.

293 »Migaud-rapporten« indeholder i øvrigt også visse oplysninger om den forrentning, som staten forventede i forbindelse med rekapitaliseringen af EDF, og som i øvrigt blev reduceret nominelt i kølvandet på rekapitaliseringen. Det fremgår imidlertid klart af en gennemgang af dette dokument, at disse oplysninger kun udgør en mindre del af de hensyn, navnlig vedrørende den offentlige myndighed, der førte til vedtagelsen af lov nr. 97-1026.

294 Det skal endelig fremhæves, at det er indholdet af »Migaud-rapporten«, der ligger til grund for 23. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse, og at Kommissionen derfor tog hensyn til disse faktorer i forbindelse med sin vurdering.

295 Det tredje dokument, som Den Franske Republik har henvist til, er skrivelsen af 4. april 1995. Der er tale om et dokument på fire sider, inklusive det vedlagte dokument, som kabinetsdirektørerne for ministrene for økonomi, industri, post og telekommunikation, udenrigshandel og budget sendte til EDF for at iværksætte et »arbejdsprogram« med henblik på at fremlægge og vedtage de foranstaltninger, som den franske revisionsret havde krævet i forbindelse med EDF's koncessioner.

296 Staten som aktionær er kun nævnt to gange og særdeles kortfattet i skrivelsen af 4. april 1995:

– på s. 1 i bilaget til denne skrivelse, hvor der under arbejdsprogrammets målsætninger stilles følgende spørgsmål: »er [det nuværende system] […] foreneligt med statens interesser som aktionær?«

– på s. 3 i dette bilag, hvor der tales om fokusområder, heriblandt den »ejendomsmæssige problematik«, og hvor der peges på behovet for at »identificere de ændringer, der i givet fald skal foretages i den eksisterende ordning for at beskytte statens interesser som aktionær bedst muligt i lyset af en eventuel ophævelse af monopolerne«.

297 De øvrige overvejelser, der gøres i skrivelsen af 4. april 1995 (som i øvrigt kun vedrører et arbejdsprogram og ikke konklusionerne heraf), vedrører reelt og i det væsentlige myndighedshensyn, og det må fastslås, at det ikke fremgår af denne skrivelse, at der blev foretaget en særskilt og selvstændig analyse af aktionærhensyn.

298 Det sidste dokument, som Den Franske Republik har påberåbt sig, er endelig skrivelsen af 31. oktober 1995, som gennemgås i præmis 168 ff. ovenfor.

299 Uden at det er nødvendigt at tage stilling til, om en simpel henvisning til en tabel i et bilag til interventionsindlægget, som indeholder uddrag fra dokumenter og eventuelle bemærkninger, som ikke er nævnt i dette indlæg, kan antages til realitetsbehandling, må det i øvrigt fastslås, at der ikke henvises til den omtvistede foranstaltning i de citerede passager eller i disse bemærkninger.

300 De uddrag fra dokumenter, der er nævnt i præmis 299 ovenfor, vedrører udelukkende baggrunden for, at den omtvistede foranstaltning blev truffet, og det gøres på ingen måde gældende, at Kommissionen, der bl.a. baserede sig på de nævnte dokumenter, ikke tog hensyn til denne baggrund.

301 Retten må desuden i lighed med Kommissionen og efter en gennemgang af de uddrag fra dokumenter, som er nævnt i præmis 299 ovenfor, og som findes i den pågældende tabel, fastslå, at de pågældende aktionærhensyn er meget sekundære i forhold til de pågældende myndighedshensyn.

302 Disse uddrag indeholder endelig ikke den mindste underbyggede bemærkning om aktionærhensyn, som har til formål at vurdere rentabiliteten af en investering og ikke mindst en investering, der foretages i forbindelse med den omtvistede foranstaltnings gennemførelse.

303 Det fremgår som følge heraf ikke af de dokumenter, som Den Franske Republik har henvist til, og heller ikke af de dokumenter, som EDF har påberåbt sig, at der blev foretaget en »særskilt og selvstændig« analyse af de forhold, som den franske stat tog hensyn til i sin egenskab af aktionær, og de viser endvidere ikke, at der ikke forelå nogen sammenblanding af hensyn vedrørende skatten og hensyn vedrørende forrentningen til staten.

304 På denne baggrund må det andet principale anbringendes tredje led forkastes.

6. Det fjerde led

a) Parternes argumenter

305 EDF har med støtte fra Den Franske Republik anført, at Kommissionen med urette fastslog, at investeringsbeslutningen ikke havde været genstand for specifikke undersøgelser, henvisninger, analyser eller en forretningsplan vedrørende rentabiliteten af den investering, der svarede til det skattefrie beløb, hvilket gjorde det vanskeligt at isolere investeringens virkninger blandt de oplysninger, som Den Franske Republik og EDF havde fremsendt (130. betragtning til den anfægtede afgørelse).

306 Ifølge EDF hviler Kommissionens vurdering på et postulat om, at den omhandlede foranstaltning udelukkende omfatter skattefritagelsen, som ikke er den foranstaltning, der skulle undersøges, hvilket EDF har anført i forbindelse med det første anbringende.

307 Kommissionens betragtning om, at der i det væsentlige manglede en formel forretningsplan, savner desuden retligt grundlag, hvilket både skyldes, at en sådan plan ikke kræves i Domstolens eller Rettens praksis, og at en sådan plan under alle omstændigheder ikke var nødvendig, eftersom den franske stat var eneaktionær, den kendte virksomheden fuldt ud, og en privat investor heller ikke ville have anvendt den i en sådan situation.

308 Kommissionens betragtning om, at der i det væsentlige manglede en formel forretningsplan, er desuden i strid med de faktiske omstændigheder, da der fandtes forskellige dokumenter, som var udarbejdet in tempore non suspecto og blev fremsendt sammen med bemærkningerne til Kommissionen i 2013, og som kunne sidestilles med en sådan begrundet plan. Det fremgår således entydigt af disse dokumenter, at den franske stat havde til formål at foretage en investering i virksomheden, og at den havde foretaget en lang række fremadrettede analyser og vurderinger.

309 Den Franske Republik har i denne forbindelse henvist til tabel 3 i bilag 12 til interventionsindlægget, som indeholder forskellige citater fra dokumenter og eventuelle bemærkninger, og »som eksempler« peget på tre af disse dokumenter i det nævnte indlæg.

310 Den Franske Republik har for det første henvist til skrivelsen af 10. april 1997 og til notatet i bilaget hertil med titlen »Prognoser for betalinger til staten i 1997 og 1998«. Dette dokument viser, at staten havde anmodet EDF om en analyse af udviklingen i forrentningen til staten, og at de økonomiske vurderinger af den påtænkte omstrukturering blev justeret og præciseret forud for vedtagelsen af den omhandlede foranstaltning.

311 Den Franske Republik har for det andet henvist til skrivelsen af 9. februar 1996 fra direktøren for EDF's finansielle og juridiske afdeling til EDF's bestyrelse, som indeholdt et bilag med titlen »Omstrukturering af EDF's balance« (bilag A-7-30 til stævningen, herefter »skrivelsen af 9. februar 1996«), hvori der findes en økonomisk vurdering af omstruktureringen af EDF's balance.

312 For det tredje har Den Franske Republik endelig henvist til strategiplanen for 1996-1998 (bilag A-7-34 til stævningen, herefter »strategiplanen«), som staten havde taget i betragtning i forbindelse med vedtagelsen af den omhandlede foranstaltning, og som var en plan af den type, der normalt blev taget i betragtning ved anvendelsen af kriteriet om den private investor.

313 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

b) Rettens bemærkninger

314 EDF har med støtte fra Den Franske Republik i det væsentlige anført, for det første at Kommissionens vurdering i 130. betragtning til den anfægtede afgørelse hviler på et fejlagtigt postulat, eftersom den omtvistede afgørelse ikke kun omfatter den manglende beskatning af de hensættelser til fornyelse, som EDF udnyttede, for det andet at Kommissionen i det foreliggende tilfælde med urette krævede, at der fandtes en formel forretningsplan, og for det tredje at dens betragtning om, at der manglede en sådan formel plan, strider mod de faktiske omstændigheder, da der fandtes forskellige samtidige dokumenter, som kunne sidestilles med den nævnte formelle forretningsplan. Den Franske Republik har i denne forbindelse nævnt fire dokumenter, hvoraf det efter dens opfattelse fremgår, at der forelå fremadrettede analyser og vurderinger af investeringen.

315 Det første argument, som EDF har fremført, må uden videre afvises, da den omtvistede foranstaltning består i den manglende opkrævning af skat i forbindelse med koncessionsgivers rettigheders ompostering som kapitaltilførsel.

316 EDF's argumenter om, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde med urette krævede en formel forretningsplan, må ligeledes afvises, da de beror på en fejlfortolkning af den anfægtede afgørelse.

317 I den anfægtede afgørelse konstaterede Kommissionen således i det væsentlige, at der ikke findes noget samtidigt dokument, som indeholder en vurdering af rentabiliteten af den investering, som den manglende beskatning af koncessionsgivers rettigheder angiveligt udgjorde.

318 Det findes ganske vist dokumenter, hvori der foretages en ret overfladisk vurdering af den forrentning, som staten kunne opnå som følge af rekapitaliseringen af EDF, og dermed af denne transaktions rentabilitet, men ikke andet.

319 Selv om rekapitaliseringen af EDF selvfølgelig er den baggrund, som bedømmelsen af den omtvistede foranstaltning skal foretages ud fra, fremgår det alligevel af dommen i sag C-124/10 P, bl.a. Den Franske Republik skulle fremlægge »beviser, hvoraf fremgår, at denne beslutning er baseret på økonomiske vurderinger, som kan sammenlignes med dem, som en rationel privat investor, som befinder sig i en situation, som ligger så tæt som muligt på den situation, som nævnte medlemsstat befinder sig i, under de foreliggende omstændigheder ville have udført inden at foretage en sådan investering med henblik på at fastslå den fremtidige rentabilitet af en sådan investering«, men at »økonomiske vurderinger foretaget efter tildelingen af nævnte fordel, den efterfølgende konstatering af, at den af den pågældende medlemsstat foretagne investering reelt var rentabel, eller efterfølgende begrundelser for valget af den fremgangsmåde, som blev fulgt, ikke [er] tilstrækkelige til at godtgøre, at denne medlemsstat forud for eller samtidig med denne tildeling har truffet en sådan beslutning i sin egenskab af aktionær« (denne doms præmis 84 og 85).

320 Kommissionen begik derfor ikke nogen retlig fejl, da den i 130. betragtning til den anfægtede afgørelse konstaterede, at »manglen på specifikke undersøgelser, henvisninger og analyser af rentabiliteten af investeringen på det skattefrie beløb [gør] det vanskeligt blandt de oplysninger, som [Den Franske Republik] og EDF har fremsendt, at isolere virkningerne af den påståede investering«.

321 De argumenter, som EDF har fremført med støtte i den hævdede parallel til dom af 25. juni 2015, SACE og Sace BT mod Kommissionen (T-305/13, EU:T:2015:435), kan heller ikke tiltrædes, eftersom den nævnte sag vedrørte det forhold, at der ikke forelå en detaljeret forretningsplan, i en økonomisk krisesituation. Retten fandt ganske vist, at der i denne situation skulle tages hensyn til den manglende mulighed for at forudse den økonomiske situations udvikling og de forskellige operatørers resultater på pålidelig og udførlig vis, men fastslog alligevel, at »den manglende mulighed for at foretage detaljerede og fuldstændige prognoser ikke kan fritage en offentlig investor fra at foretage en forudgående passende vurdering af rentabiliteten af sin investering, som er sammenlignelig med den vurdering, som en privat investor i en lignende situation ville have foretaget på grundlag af de tilgængelige og forventede oplysninger«.

322 Det skal nu ses på de dokumenter, som ifølge Den Franske Republik udgør eller indeholder økonomiske vurderinger, som kan sammenlignes med dem, som en privat investor ville have udført forud for gennemførelsen af den omtvistede foranstaltning med henblik på at fastslå dens fremtidige rentabilitet.

323 Den Franske Republik har for det første henvist til skrivelsen af 10. april 1997 og til notatet i bilaget hertil med titlen »Prognoser for betalinger til staten i 1997 og 1998« (bilag A-7-25 til stævningen).

324 Skrivelsen af 10. april 1997 er blot en følgeskrivelse på tre linjer til det bilag, der blev sendt til finansministeriets kontorchef. Bilaget består af en side med en skematisk beskrivelse på fem linjer af prognoserne for betalinger til den franske stat efterfulgt af et tal for hvert af de pågældende år: regnskabsmæssigt resultat før skat og supplerende forrentning, skattemæssigt resultat, forrentning af kapitaltilførsler, selskabsskat og andre former for forrentning.

325 Skrivelsen af 10. april 1997 indeholder ikke præcise oplysninger om den forrentning, der hidrørte fra koncessionsgivers rettigheder, eller om den skat, som den franske stat gav afkald på, og som i teorien blev konverteret til en investering.

326 Det må derfor fastslås, at skrivelsen af 10. april 1997 ikke er relevant, da den ikke udgør eller indeholder økonomiske vurderinger, som kan sammenlignes med dem, som en privat investor ville have udført forud for gennemførelsen af den omtvistede foranstaltning med henblik på at fastslå dens fremtidige rentabilitet.

327 Den Franske Republik har dernæst henvist til skrivelsen af 9. februar 1996, som indeholder et bilag med titlen »Omstrukturering af EDF's balance« (bilag A-7-30 til stævningen), hvori der findes en økonomisk vurdering af omstruktureringen af EDF's balance.

328 Formålet med skrivelsen af 9. februar 1996, der stammer fra direktøren for EDF's finansielle og juridiske afdeling, var blot at sende et »oversigtsark«, hvori der gøres »status over forhandlingerne med staten«, til EDF's bestyrelsesformand.

329 I det »oversigtsark«, der blev sendt med skrivelsen af 9. februar 1996, var der oplyst følgende under overskriften »Styrkelse af EDF's balance«:

»Den igangværende omstrukturering består af tre dele:

– Konvertering af statens kapitaltilførsler til egentlig kapital.

– Optagelse af indskud foretaget af staten (eller på statens vegne) i kapitalen i forbindelse med RAG-koncessionen samt hensættelser foretaget i medfør af denne koncession. Denne transaktion bringer den ret subtile sondring mellem kapitalindskud og statskoncessionerede indskud til ophør.

– Afvikling af den negative regnskabsmæssige overførsel, der på nuværende tidspunkt belaster EDF's nettoformue.

Disse foranstaltninger skal gøre det muligt at styrke virksomhedens økonomiske situation ved at forhøje kapitalen fra 2,6 til 85 mia. FRF og nettoformuen fra 20 til 90 mia. FRF, hvilket stemmer bedre overens med dens aktiver, og dermed skabe et image, som kan sammenlignes med andre europæiske elselskabers.

[…]

Den fremtidige egenkapital på ca. 100 mia. FRF og mere præcise beskrivelse af koncessionerne vil sikre EDF en balance, som afspejler virksomhedens økonomiske situation på en bedre måde.«

330 Der henvises hverken til koncessionsgivers rettigheder eller til den manglende beskatning i forbindelse med deres konvertering til kapital i skrivelsen af 9. februar 1996.

331 Det må derfor fastslås, at skrivelsen af 9. februar 1996 ikke er relevant, da den ikke udgør eller indeholder økonomiske vurderinger, som kan sammenlignes med dem, som en privat investor ville have udført forud for gennemførelsen af den omtvistede foranstaltning med henblik på at fastslå dens fremtidige rentabilitet.

332 Den Franske Republik har endelig henvist til strategiplanen, som den tog hensyn til i forbindelse med den omhandlede foranstaltnings vedtagelse. Ifølge Den Franske Republik tages der som regel hensyn til denne type plan ved anvendelsen af kriteriet om den private investor.

333 Strategiplanen er et dokument på 36 sider, som tilsyneladende er henvendt til virksomhedens personale, og som indeholder retningslinjer for virksomheden og beskriver de aktiviteter, der skal iværksættes indtil 1998.

334 Den franske stats manglende beskatning af koncessionsgivers rettigheder, koncessionsgivers rettigheder, hensættelserne i forbindelse med RAG-koncessionen, RAG's ejendoms-, regnskabs- og skattemæssige stilling og rekapitaliseringen af EDF i henhold til lov nr. 97-1026 er slet ikke nævnt i strategiplanen.

335 Strategiplanen synes derfor ikke at være relevant, da den ikke udgør eller indeholder økonomiske vurderinger, som kan sammenlignes med dem, som en privat investor ville have udført forud for gennemførelsen af den omtvistede foranstaltning med henblik på at fastslå dens fremtidige rentabilitet.

336 Uden at det er nødvendigt at tage stilling til, om en simpel henvisning til en tabel i et bilag til interventionsindlægget, som indeholder uddrag fra dokumenter og eventuelle kommentarer, som ikke er nævnt i dette indlæg, kan antages til realitetsbehandling, må det i øvrigt fastslås, at der ikke henvises til den omtvistede foranstaltning i de citerede passager eller kommentarer i tabellen i bilag 12 til dette indlæg.

337 Det andet principale anbringendes fjerde led må som følge heraf forkastes i sin helhed.

7. Det femte led

a) Parternes argumenter

338 EDF har med støtte fra Den Franske Republik i det væsentlige og definitivt gjort gældende, at Kommissionen med urette afviste, at kriteriet om den private investor var anvendeligt i det foreliggende tilfælde, hvilket følger af de argumenter, som EDF har fremført til støtte for sine to første principale anbringender. Kommissionen burde have fastslået, at kriteriet fandt anvendelse på den omhandlede foranstaltning, baseret på en objektiv og neutral analyse af foranstaltningens art og indhold, baggrunden herfor samt det forfulgte mål og de bestemmelser, som den var omfattet af.

339 Med hensyn til den omhandlede foranstaltnings art og indhold samt det forfulgte mål var der tale om en foranstaltning til kapitalisering af EDF, som blev iværksat af Den Franske Republik som eneaktionær.

340 Med hensyn til baggrunden for foranstaltningens vedtagelse fremgik det klart af præmis 9-36 i dommen i sag T-156/04, at der var tale om udsigten i 1997 til den kommende åbning af det europæiske elmarked for konkurrence. I denne sammenhæng var EDF's evne til at reagere på denne liberalisering og drage fordel af de internationale investeringsmuligheder begrænset som følge af tilstanden af dens balance.

341 Med hensyn til det forfulgte mål sigtede lov nr. 97-1026 mod »at omstrukturere EDF's balance og forhøje virksomhedens egenkapital«, og den havde til »formål at rekapitalisere EDF«, jf. dommen i sag T-156/04 (præmis 243 og 247).

342 Hvad endelig angår de bestemmelser, som foranstaltningen var omfattet af, var der tale om en rekapitalisering af EDF, hvis kapital var fastsat ved lov, og den kunne derfor kun gennemføres ved en lov, hvilket Retten fastslog i præmis 252 i sin dom i sagen T-156/04.

343 EDF har konkluderet, at Den Franske Republik handlede, som en aktionær ville have gjort, da den vedtog lov nr. 97-1026, som havde til formål at rekapitalisere virksomheden, hvilket fremgik af de samtidige dokumenter, der var blevet fremlagt for Kommissionen, og at Kommissionen burde have anerkendt, at kriteriet om den private investor var anvendeligt.

344 Kommissionen er ikke enig i denne argumentation

b) Rettens bemærkninger

345 EDF har med støtte fra Den Franske Republik i det væsentlige og definitivt gjort gældende, at Kommissionen med urette afviste, at kriteriet om den private investor var anvendeligt i det foreliggende tilfælde, hvilket følger af de argumenter, som EDF har fremført til støtte for det første principale anbringende og det andet principale anbringendes fire første led. Kommissionen burde have fastslået, at kriteriet fandt anvendelse på den omhandlede foranstaltning, baseret på en objektiv og neutral analyse af foranstaltningens art og indhold, baggrunden herfor samt det forfulgte mål og de bestemmelser, som den var omfattet af.

346 Formålet med de argumenter, som EDF og Den Franske Republik har fremført, er i virkeligheden at få fastslået, at kriteriet om den private investor fandt anvendelse, alene på grundlag af elementer vedrørende foranstaltningens art og indhold, baggrunden herfor såvel som det forfulgte mål og de bestemmelser, som nævnte foranstaltning var omfattet af.

347 Af de grunde, der er angivet i forbindelse med det andet principale anbringendes fire første led, godtgør disse elementer imidlertid ikke i tilstrækkeligt omfang, at kriteriet om den private investor var anvendeligt. EDF og Den Franske Republik har således ikke fremlagt elementer, som utvetydigt viser, at Den Franske Republik forud for eller samtidig med tildelingen af den pågældende fordel – i det foreliggende tilfælde den manglende opkrævning af skat i forbindelse med koncessionsgivers rettigheders ompostering som kapitaltilførsel – havde besluttet at foretage en investering i EDF ved hjælp af denne foranstaltning, og at Den Franske Republik på tidspunktet for vedtagelsen af denne beslutning havde vurderet rentabiliteten af den investering, der bestod i tildelingen af en sådan fordel til EDF, hvilket en privat investor ville have gjort.

348 Det andet principale anbringendes femte led må derfor også forkastes.

8. Konklusion om det andet principale anbringende

349 Det foreliggende anbringende må som følge heraf forkastes i sin helhed.

C. Det tredje principale anbringende

350 Det tredje principale anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 107 TEUF som følge af forskellige fejl, som Kommissionen angiveligt begik ved undersøgelsen af betingelserne for anvendelsen af kriteriet om den private investor.

351 Det skal imidlertid bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse fastslog, at kriteriet om den private investor ikke var anvendeligt i det foreliggende tilfælde, og at den kun vurderede betingelserne for anvendelsen af dette kriterium subsidiært.

352 Da EDF ikke har godtgjort, at Kommissionen med urette afviste, at kriteriet om den private investor var anvendeligt, hvilket medfører, at det andet anbringende forkastes, skal det tredje anbringende forkastes som irrelevant.

D. Det fjerde principale anbringende

1. Parternes argumenter

353 EDF har gjort gældende, at Kommissionen også tilsidesatte begrundelsespligten ved ikke at opfylde sin forpligtelse til at tage hensyn til alle relevante beviser ved vurderingen af den pågældende fordel, hvilket virksomheden har godtgjort i forbindelse med de tre principale anbringender. EDF har i denne forbindelse foreholdt Kommissionen, at den uden forklaring afviste dels dokumenter, hvoraf det fremgik, at den omtvistede foranstaltning ikke var en hævdet beslutning om ikke at beskatte koncessionsgivers rettigheder, dels dokumenter, som belyste den metode, der skulle benyttes ved anvendelsen af kriteriet om den private investor.

354 Kommissionen er ikke enig i denne argumentation

2. Rettens bemærkninger

355 Det bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at begrundelsespligtens omfang afhænger af arten af den pågældende retsakt og den sammenhæng, hvori den er vedtaget. Begrundelsen skal klart og utvetydigt angive institutionens argumentation, dels for at gøre det muligt for Unionens retsinstanser at efterprøve afgørelsens lovlighed, dels for at gøre det muligt for de interesserede at gøre sig bekendt

med begrundelsen for den trufne foranstaltning med henblik på at kunne varetage deres interesser og afgøre, om afgørelsen er lovlig. Det kræves ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en retsakts begrundelse opfylder kravene i artikel 296, stk. 2, TEUF, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes i forhold til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område. Navnlig er Kommissionen ikke forpligtet til at tage stilling til alle de argumenter, som de interesserede har fremført for den, og behøver kun at redegøre for de faktiske omstændigheder og retlige betragtninger, der har været afgørende med henblik på afgørelsens systematik (jf. dom af 6.3.2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale og Land Nordrhein-Westfalen mod Kommissionen, T-228/99 og T-233/99, EU:T:2003:57, præmis 278-280).

356 EDF har foreholdt Kommissionen at have set bort fra dokumenter, som viste, at den omtvistede foranstaltning ikke var en beslutning om ikke at beskatte koncessionsgivers rettigheder, hvilket var i strid med dens begrundelsespligt.

357 Det må imidlertid fastslås, at Kommissionen i 23.-35., 74. og 112.-123. betragtning til den anfægtede afgørelse forklarede, hvorfor den på grundlag af de beviser, som Den Franske Republik havde fremlagt, og navnlig notatet af 9. april 2002 (jf. 35. betragtning til denne afgørelse), fandt, at den manglende beskatning af koncessionsgivers rettigheder i forbindelse med deres ompostering som kapitaltilførsel udgjorde en fordel for EDF. Denne afgørelse er derfor ikke behæftet med nogen begrundelsesmangel i denne henseende.

358 EDF har i øvrigt foreholdt Kommissionen at have set bort fra dokumenter, som belyste den metode, der skulle benyttes ved anvendelsen af kriteriet om den private investor, hvilket var i strid med dens begrundelsespligt.

359 Da undersøgelsen af betingelserne for anvendelsen af investorkriteriet var af subsidiær karakter, og da Kommissionen med rette fastslog, at dette kriterium ikke fandt anvendelse i det foreliggende tilfælde, må EDF's argumentation i denne forbindelse anses for irrelevant.

360 Det fjerde principale anbringende må som følge heraf forkastes som delvis ugrundet og delvis irrelevant.

E. Det første subsidiære anbringende

361 Det første subsidiære anbringende vedrører dels den omstændighed, at visse former for støtte burde have været kvalificeret som eksisterende støtte, dels tilsidesættelsen af artikel 1, litra b), nr. v), og artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 659/1999.

1. Kort gennemgang af den anfægtede afgørelse 215. betragtning til den anfægtede afgørelse har følgende ordlyd:

»Desuden finder Kommissionen i modsætning til de franske myndigheder ikke, at forældelsesbestemmelsen finder anvendelse på det foreliggende tilfælde. EDF har ganske vist foretaget skattefrie henlæggelser mellem 1987 og 1996. Det skal imidlertid på den ene side bemærkes, at fejlkorrektioner, som pr. definition vedrører bogføringen af tidligere transaktioner, ifølge Conseil national de comptabilité skal bogføres i resultatet for det regnskabsår, hvor de konstateres, og på den anden side, at loven om, at [koncessionsgivers rettigheder] skal omposteres som kapitaltilførsel og fritages for selskabsskat, stammer fra den 10. november 1997. Skattefordelen stammer således fra 1997, og forældelsen finder ikke anvendelse på ny støtte, der udbetales på denne dato, idet Kommissionens første akt om denne foranstaltning stammer fra 10. juli 2001. I medfør af artikel 15 i forordning […] nr. 659/1999 afbryder den formelle undersøgelsesprocedure i øvrigt forældelsesfristen.«

2. Det første led om tilsidesættelse af artikel 1, litra b), nr. v), i forordning nr. 659/1999

a) Parternes argumenter

362 EDF finder, at den omtvistede foranstaltning, såfremt det fastslås, at den skal kvalificeres som støtte, under alle omstændigheder skal kvalificeres som eksisterende støtte.

363 EDF har anført, at det fremgår af artikel 1, litra b), nr. v), i forordning nr. 659/1999, at støtte, som iværksættes i en sektor, der oprindeligt var lukket for konkurrence, udgør eksisterende støtte, og at denne kvalificering kun bortfalder for støtte, som er iværksat efter den dato, der er fastsat for liberalisering af sektoren.

364 EDF finder, at den løsning, som Retten valgte i præmis 143 i sin dom af 15. juni 2000, Alzetta m.fl. mod Kommissionen (T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 – T-607/97, T-1/98, T-3/98 – T-6/98 og T-23/98, EU:T:2000:151), kan overføres på den foreliggende sag. Elsektoren blev således liberaliseret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/92/EF af 19. december 1996 om fælles regler for det indre marked for elektricitet (EFT 1997, L 27, s. 20), der trådte i kraft den 19. februar 1997, og hvori der var fastsat en gennemførelsesfrist, der udløb den 19. februar 1999. Den Franske Republik gennemførte imidlertid først dette direktiv den 10. februar 2000.

365 EDF har anført, at enhver foranstaltning, der er vedtaget eller iværksat før denne dato, såfremt det fastslås, at den skal kvalificeres som statsstøtte, nødvendigvis skal betragtes som eksisterende støtte og derfor ikke kan gøres til genstand for et påbud om tilbagesøgning. Dette gælder efter EDF's opfattelse for lov nr. 97-1026, som blev vedtaget 15 måneder efter udløbet af den gennemførelsesfrist, der var fastsat i direktivet, eftersom der ikke var vedtaget nogen national gennemførelsesforanstaltning forud for denne lov.

366 Kommissionen er ikke enig i denne argumentation

b) Rettens bemærkninger

367 Det bemærkes, at det fremgår af fjerde betragtning til forordning nr. 659/1999, at »for at sikre retssikkerheden bør det defineres, under hvilke omstændigheder støtten anses for at være eksisterende støtte; fuldførelsen og udbygningen af det indre marked er en gradvis proces, der afspejles i den stadige udvikling af statsstøttepolitikken; som følge af denne udvikling kan visse foranstaltninger, som ikke blev anset for statsstøtte, da de blev indført, senere være blevet til statsstøtte«.

368 Ifølge artikel 1, litra b), nr. v), i forordning nr. 659/1999 skal der ved eksisterende støtte forstås »støtte, som anses for at være en eksisterende støtte, fordi det kan godtgøres, at der ikke var tale om støtte, da den blev indført, men at den blev en støtte på grund af udviklingen på fællesmarkedet, uden at medlemsstaten havde foretaget nogen ændringer. Når visse foranstaltninger bliver en støtte som følge af en liberalisering af en aktivitet ved fællesskabslovgivning, betragtes sådanne foranstaltninger ikke som eksisterende støtte efter den dato, der er fastsat for liberaliseringen«.

369 I henhold til artikel 1, litra b), nr. v), i forordning nr. 659/1999 skal datoen for liberalisering af en aktivitet ved fællesskabslovgivning således kun tages i betragtning med det formål at udelukke, at en foranstaltning, der ikke udgjorde støtte forud for liberaliseringen ved fællesskabslovgivning, efterfølgende kvalificeres som eksisterende støtte. Selv om der er fastsat en liberaliseringsdato i et direktiv som det, der er omhandlet i den foreliggende sag, er det til gengæld ikke tilstrækkeligt til at udelukke, at en foranstaltning kan kvalificeres som ny støtte, hvis det ud fra kriteriet om markedsudviklingen kan bevises, at foranstaltningen blev vedtaget på et marked, der allerede var helt

eller delvis åbent for konkurrence forud for datoen for liberalisering af den pågældende aktivitet ved fællesskabslovgivning (jf. i denne retning dom af 4.4.2001, Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia mod Kommissionen, T-288/97, EU:T:2001:115, præmis 95).

370 Kommissionen forklarede i 196.-204. betragtning til den anfægtede afgørelse – uden at det bestrides af EDF, som fremsatte et anbringende herom i det søgsmål, der gav anledning til dommen i sag T-156/04, og hvor Retten forkastede dette anbringende i denne doms præmis 134-155 – at støtten var blevet tildelt i en sektor, der gradvis var blevet åbnet for konkurrence, og hvor EDF allerede før 1997 eksporterede elektricitet til andre medlemsstater, opererede på tjenesteydelsesmarkeder, der var åbne for konkurrence, via sine datterselskaber, var i faktisk eller potentiel konkurrence med andre operatører i andre medlemsstater på elmarkedet i EU og konkurrerede med leverandører af andre former for energi, herunder gas, i Frankrig.

371 Den omtvistede foranstaltning kan under disse betingelser ikke betragtes som en allerede eksisterende foranstaltning, som ikke udgjorde støtte på det tidspunkt, hvor den trådte i kraft, og som blev en støtte på grund af udviklingen på markedet efter udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 92/96.

372 Det første subsidiære anbringendes første led må som følge heraf forkastes som ugrundet.

3. Det andet led om tilsidesættelse af artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 659/1999

a) Parternes argumenter

373 EDF har indledningsvis mindet om, at den kompleksitet og usikkerhed, der kendetegnede RAG's ejendomsmæssige stilling, blev afgjort ved artikel 4, stk. 1, i lov nr. 97-1026, hvorefter EDF anses for ejer af RAG fra det tidspunkt, hvor virksomheden blev meddelt koncession på dette net.

374 EDF har anført, at det derfor må konkluderes – hvilket Kommissionen også gjorde i indledningsbeslutningen (punkt 45, 49 og 52) – at virksomheden som følge af de hensættelser til fornyelse, der fandt sted i perioden 1987-1996, reelt havde opnået en uberettiget skattefordel hvert år i denne periode, og at denne fordel kun delvis var blevet ophævet af de regnskabsmæssige justeringer og omposteringer, der blev foretaget i 1997.

375 Da Kommissionens traf sin første efterforskningsforanstaltning den 10. juli 2001, var det således ikke muligt at lade hensættelser, som var foretaget før den 10. juli 1991, indgå i beregningen af den støtte, som EDF havde opnået, henset til forældelsesfristen i artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 659/1999.

376 De koncessionsgivers rettigheder, der opstod efter den 10. juli 1991, og som kunne kvalificeres som ny støtte, tegnede sig alle omstændigheder kun for et beløb på 7,976 mia. FRF ud af et samlet beløb på 14,119 mia. FRF.

377 EDF har desuden anført, at Kommissionen ændrede sin vurdering af den omtvistede foranstaltning i tidsrummet mellem indledningsbeslutningen og den anfægtede afgørelse for at omgå forældelsesfristen. Det fremgår ifølge EDF af indledningsbeslutningen, at støtten var blevet tildelt hvert år siden 1987. Kommissionen henviste til begrebet konsolidering af støtten i den anfægtede afgørelse og fastslog, at den manglende beskatning af de hensættelser, der allerede havde fundet sted, udgjorde støtte på tidspunktet for den manglende beskatning, dvs. i 1997.

378 EDF har påpeget, at indledningsbeslutningen, som dannede grundlag for den anfægtede afgørelse (52. betragtning til denne afgørelse), også tog udgangspunkt i antagelsen om den selektive fordel, som virksomheden blev sikret i perioden 1987-1996, og anført, at størrelsen af denne fordel svarer til

»forskellen mellem den kapitaliserede værdi af den selskabsskat, som EDF ikke betalte af henlæggelserne i den pågældende periode, og værdien af den selskabsskat, som [virksomheden] betalte i 1997 efter ikrafttrædelsen af artikel 4 i lov nr. 97-1026«.

379 Den beregningsmetode, der i sidste instans blev valgt i den anfægtede afgørelse, var ikke baseret på forskellen mellem den kapitaliserede værdi af den selskabsskat, som EDF ikke betalte af henlæggelserne i den pågældende periode, og værdien af den selskabsskat, som EDF betalte i 1997. I 220. betragtning til denne afgørelse henviste Kommissionen således til det beløb, der var udbetalt »i form af fritagelsen for betaling af en selskabsskat på 5 882 849 762 FRF i forbindelse med omposteringen til kapitaltilførsel af en del af henlæggelserne på 14 119 065 335 FRF«.

380 På denne måde tilsidesatte Kommissionen endvidere begrebet eksisterende støtte ved at kvalificere en foranstaltning, der kun delvis ophævede tidligere tildelte fordele, som ny støtte (punkt 49 i indledningsbeslutningen).

381 EDF har endelig i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen ikke kunne anfægte en national regnskabsbestemmelse med henblik på at afvise virksomhedens argumenter om, hvorvidt der var tale om ny støtte.

382 Kommissionen har bestridt disse anbringender.

b) Rettens bemærkninger

383 EDF har i det væsentlige anført, at en betydelig del af støtten er forældet, for så vidt som Kommissionen i indledningsbeslutningen (punkt 45, 49 og 52) fastslog, at virksomheden som følge af de hensættelser til fornyelse, der fandt sted i perioden 1987-1996, reelt havde opnået en uberettiget skattefordel hvert år i denne periode, og at denne fordel kun delvis var blevet ophævet af de regnskabsmæssige justeringer og omposteringer, der blev foretaget i 1997, hvorimod Kommissionen i den anfægtede afgørelse bevidst ændrede holdning og fastslog, at fordelen var blevet konsolideret ved lov nr. 97-1026.

384 Det skal for det første bemærkes, at de franske myndigheder i forbindelse med omstruktureringen af EDF's balance fulgte CNC's udtalelse, hvori det fastslås, at korrektioner for bogføringsfejl, som pr. definition vedrører bogføring af gennemførte transaktioner, »bogføres under resultatet for det regnskabsår, hvor de konstateres«. Dette har Den Franske Republik ikke bestridt.

385 Det skal ligeledes bemærkes, at det fremgår af skrivelsen af 22. december 1997 (jf. præmis 23 ovenfor), at hvad angår »henlæggelser til fornyelse, som ikke længere var berettigede (38 520 943 408 FRF) [dvs. uudnyttede henlæggelse, blev disse omposteret til overførsler] i henhold til [CNC's udtalelse]«.

386 Det bemærkes endelig, at Den Franske Republik i notatet af 9. april 2002 (bilag D.2 til duplikken) oplyste, at »koncessionsgivers rettigheder [svarende til udnyttede hensættelser til fornyelse] vedrørende RAG [udgjorde] en ikke forfalden gæld [for EDF over for staten som opført på balancen], som uretmæssigt [blev] fritaget for skat gennem opførelsen under kapitaltilførsel«. Den præciserede i dette notat, at »[e]ftersom RAG bestod af egne aktiver, havde EDF ikke pligt til at tilbagelevere de nævnte aktiver til staten, og de pågældende beløb under posten »Koncessionsgivers rettigheder« [udgjorde] derfor ikke et reelt passiv, men en ikke-skattefri reserve«, samt at »[d]enne reserve […] derfor, inden den blev konverteret til kapital, [burde] være overført fra virksomhedens passiver, hvorunder den fejlagtigt var opført, til en egenkapitalkonto, hvilket ville have ført til en forøgelse af de skattepligtige nettoaktiver […], [idet] den således opnåede skattefordel [kunne] fastsættes til 5,88 mia. FRF (14,119 × 41,67%)«. En fodnote indeholder følgende præcisering vedrørende disse tal: »almindelig selskabsskattesats (31,1/3%) med tillæg af andre gældende bidrag for regnskabsår afsluttet mellem den 1. januar 1997 og den 1. januar 1999«.

387 Der er således ingen tvivl om, at det var omposteringen af koncessionsgivers rettigheder som kapitaltilførsel den 1. januar 1997, der udløste beskatningen.

388 Under disse omstændigheder var der ikke tale om forældelse, da Kommissionens traf sin første efterforskningsforanstaltning den 10. juli 2001.

389 Det skal for det andet og for fuldstændighedens skyld bemærkes, at Kommissionen i henhold til artikel 4 i forordning nr. 659/1999 skal indlede en formel undersøgelsesprocedure, idet de berørte parter skal informeres, når den efter en indledende undersøgelse er i tvivl om den omhandlede finansielle foranstaltnings forenelighed med fællesmarkedet. Det følger heraf, at Kommissionen ikke er forpligtet til at foretage en fuldstændig vurdering af den omhandlede støtte i meddelelsen om indledning af denne procedure, men det er nødvendigt, at den giver en tilstrækkelig beskrivelse af rammerne for dens undersøgelse med henblik på ikke at gøre de berørte parters ret til at fremkomme med deres bemærkninger meningsløs (jf. dommen i sag T-156/04, præmis 108 og den deri nævnte retspraksis).

390 Når Kommissionen beslutter at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, kan beslutningen herom desuden i henhold til artikel 6 i forordning nr. 659/1999 begrænses til blot at gengive de relevante faktiske og retlige momenter, at indeholde en foreløbig vurdering med hensyn til støttekarakteren af den påtænkte foranstaltning og til at anføre, om der er tvivl om, hvorvidt den er forenelig med fællesmarkedet (jf. dommen i sag T-156/04, præmis 109 og den deri nævnte retspraksis).

391 Beslutningen om at indlede proceduren skal således gøre det muligt for de interesserede parter at deltage aktivt i den formelle undersøgelsesprocedure, under hvilken de kan gøre deres argumenter gældende. Det er i denne henseende tilstrækkeligt, at de interesserede parter får kendskab til Kommissionens begrundelse for midlertidigt at anse den omhandlede foranstaltning for at være en ny støtte, der er uforenelig med fællesmarkedet (jf. dommen i sag T-156/04, præmis 110 og den deri nævnte retspraksis).

392 Det følger heraf, at den vurdering af foranstaltningen, der findes i en indledningsafgørelse, er en foreløbig vurdering, som Kommissionen derfor kan justere eller korrigere i den endelige afgørelse.

393 Den vurdering af den omtvistede foranstaltning, der i det foreliggende tilfælde findes i indledningsbeslutningen, var derfor ikke endelig, og Kommissionen kunne med rette præcisere eller berigtige denne vurdering i den anfægtede afgørelse.

394 Det skal desuden bemærkes, at Kommissionen under alle omstændigheder allerede i indledningsbeslutningens punkt 71 havde fastslået, at »de regnskabsmæssige omposteringer og justeringer, der [havde] konsolideret en del af den fordel, som EDF sikrede sig ved de retsstridige hensættelser til fornyelse af RAG, [var] blevet registreret i 1997, efter at det franske parlament vedtog artikel 4 i lov nr. 97-1026 af 10. november 1997«, at »[d]et støtteelement, der bestod i den kapitaliserede værdi af den fordel, som ikke blev ophævet ved de nævnte omposteringer og justeringer, [var] derfor blevet konsolideret med tilladelse fra med de franske myndigheder inden udløbet af den forældelsesfrist på ti år, der er fastsat i artikel 15, stk. 3, i forordning nr. 659/1999, og i strid med traktatens artikel 88, stk. 3«, og at »[d]ette støtteelement [derfor] [udgjorde] ny støtte«.

395 For det tredje skal det endelig bemærkes, at de argumenter om foranstaltningens karakter af ny støtte, der er fremført til støtte for det foreliggende led, i øvrigt svarer til dem, som EDF har gjort gældende til støtte for det foreliggende anbringendes første led, og derfor også bør forkastes af de grunde, der er anført i præmis 367-372 ovenfor.

396 Det første subsidiære anbringendes andet led må som følge heraf forkastes.

F. Det andet subsidiære anbringende

1. Parternes argumenter

397 EDF har til støtte for det første led på den ene side anført, at Kommissionen nåede frem til et beløb på 56,886 mia. FRF ved sammenlægning af det beløb, der svarede til uudnyttede hensættelser til fornyelse på balancen pr. 31. december 1996 (38,520 mia. FRF), og det samlede beløb, der var blevet omposteret som egenkapital (18,345 mia. FRF). Ifølge EDF udgjorde det samlede beløb for de hensættelser til fornyelse, der blev foretaget i perioden 1987-1996, imidlertid 47,943 mia. FRF, som blev bogført på følgende måde: 9,423 mia. FRF som koncessionsgivers rettigheder i forbindelse med de fornyelser af anlæg omfattet af RAG, som virksomheden gennemførte fra 1987 til 1996, og restbeløbet, dvs. 38,520 mia. FRF, på en reservekonto uden at blive ført over resultatopgørelsen i forbindelse med balancens omstrukturering.

398 EDF har præciseret, at differencen mellem det samlede beløb, der blev omposteret som egenkapital (18,345 mia. FRF), og udnyttelsen af hensættelser til fornyelse vedrørende koncessionsgivers rettigheder (9,423 mia. FRF) består af opskrivningsbeløb (4,226 mia. FRF) og koncessionsgivers finansiering af visse anlæg omfattet af RAG (4,696 mia. FRF) i perioden fra 1987 til 1996.

399 På den anden side har EDF til støtte for det andet led påpeget, at den selskabsskattesats, der skulle have været anvendt ved beregningen af det beløb, der skulle tilbagebetales, er satsen fra 1996 og ikke satsen fra 1997. Ifølge EDF blev der ved artikel 1 i lov nr. 97-1026 indført et nyt tillægsbidrag til selskabsskatten svarende til 15% af denne skat for regnskabsår afsluttet mellem den 1. januar 1997 og den 31. december 1998, som ikke fandtes tidligere. Det var kun tillægsbidraget på 10% til selskabsskatten, der var gældende.

400 EDF har anført, at de berigtigelser, der fandt sted i forbindelse med omstruktureringen af virksomhedens balance, blev pålagt selskabsskat efter den sats, der gjaldt i 1997, dvs. 33,33%, tillagt de to tillægsbidrag på henholdsvis 10% og 15% (artikel 235b ZA og 235b ZB i Code général des impôts), dvs. efter en samlet sats på 41,67%.

401 Berigtigelsen burde imidlertid være sket for regnskabsåret 1996 og efter en samlet sats på 36,67%. Det bestemmes således udtrykkeligt i artikel 4 i lov nr. 97-1026, at EDF anses for ejer af de af RAG omfattede anlæg fra det tidspunkt, hvor virksomheden blev meddelt koncession på dette net.

402 Ifølge EDF bør det derfor antages, at virksomheden altid havde været ejer af RAG, dvs. at den aldrig havde foretaget hensættelser til fornyelse af disse aktiver. Hvis den aldrig havde foretaget disse hensættelser, ville den således have været skattepligtig for regnskabsåret 1996, og dens skattemæssige resultat efter modregning af tidligere overførsler ville have været positivt pr. 31. december 1996, når der i øvrigt blev taget hensyn til de andre korrektioner, der fandt sted i forbindelse med den regnskabsmæssige ompostering. Det er derfor den gældende sats for regnskabsåret 1996, der bør anvendes ved berigtigelsen og især ved den overordnede vurdering af en eventuel mangelfuld beskatning.

403 Det må endelig konstateres, at den balance, der dannede grundlag for omstruktureringen, var balancen pr. 31. december 1996, at den skat, der blev betalt i 1997 i tilknytning til denne omstrukturering, blev beregnet uden hensyntagen til resultatet for regnskabsåret 1997, og at de skattefradrag, der fandtes pr. 31. december 1996, blev modregnet i denne skat.

404 På denne baggrund finder EDF, at koncessionsgivers rettigheder, der kan kvalificeres som ny støtte, ud fra denne antagelse udgør 7,655 mia. FRF, som skal beskattes efter den selskabsskattesats, der gjaldt i 1996, dvs. 36,67%. Fra dette beløb skal der trækkes et beløb svarende til den overbeskatning af beløbet

på 38,520 mia. FRF, som skyldtes, at der blev anvendt en sats på 41,67% i stedet for 36,67%, dvs. 1,926 mia. FRF. Støttebeløbet udgør herefter: [7 976 × 36,67%] - [38 520 × (41,67 - 36,67)] = 998,80 mio. FRF, dvs. 151 mio. EUR.

405 Kommissionen er ikke enig i denne argumentation

2. Rettens bemærkninger

406 Til støtte for det andet subsidiære anbringendes første led har EDF gjort gældende, at der blev begået beregningsfejl ved fastsættelsen af størrelsen af hensættelserne til fornyelse.

407 EDF har i øvrigt til støtte for det andet led i det væsentlige anført, at skattesatsen fra 1997 med urette blev lagt til grund ved beregningen af den skattefordel, som virksomheden opnåede, og at man burde have anvendt den sats, som var gældende i 1996, og som ville have været gunstigere for EDF.

408 Det skal for det første bemærkes, at der i skrivelsen af 22. december 1997 (jf. præmis 23 ovenfor) præciseres følgende vedrørende koncessionsgivers rettigheder: »konsolidering under posten kapitaltilførsler af modværdien af de af RAG omfattede koncessionerede aktiver i naturalier svarende til 14 119 065 335 FRF«.

409 For det andet oplyste Den Franske Republik følgende i notatet af 9. april 2002 (bilag D.2 til duplikken):

»Det er nødvendigt […] at sondre mellem den ændrede behandling af udnyttede hensættelser til fornyelse, som ifølge EDF's oplysninger var opført under posten »[K]oncessionsgivers rettigheder« med et beløb på 14,119 [mia. FRF] og ikke på 18,345 [mia. FRF], og den ændrede behandling af endnu ikke udnyttede hensættelser på 38,5 [mia. FRF].

Koncessionsgivers rettigheder [svarende til udnyttede hensættelser til fornyelse] vedrørende RAG udgør en ikke forfalden gæld [for EDF over for staten som opført på balancen], som uretmæssigt er blevet fritaget for skat gennem opførelsen under kapitaltilførsel.

[…] Eftersom RAG bestod af egne aktiver, havde EDF ikke pligt til at tilbagelevere de nævnte aktiver til staten, og de pågældende beløb under posten »[K]oncessionsgivers rettigheder« udgør derfor ikke et reelt passiv, men en ikke-skattefri reserve. Denne reserve burde derfor, inden den blev konverteret til kapital, være overført fra virksomhedens passiver, hvorunder den fejlagtigt var opført, til en egenkapitalkonto, hvilket ville have ført til en forøgelse af de skattepligtige nettoaktiver […], [idet] den således opnåede skattefordel [kunne] fastsættes til 5,88 mia. FRF (14,119 × 41,67%).«

410 En fodnote til notatet af 9. april 2002 indeholder følgende præcisering vedrørende disse tal: »almindelig selskabsskattesats (31,1/3%) tillagt gældende tillægsbidrag for regnskabsår afsluttet mellem den 1. januar 1997 og den 1. januar 1999«.

411 Det skal for det tredje bemærkes, at de franske myndigheder i forbindelse med omstruktureringen af EDF's balance fulgte CNC's udtalelse, hvori det fastslås, at korrektioner for bogføringsfejl, som pr. definition vedrører bogføring af gennemførte transaktioner, »bogføres under resultatet for det regnskabsår, hvor de konstateres« (jf. bilag I-8 til interventionsindlægget).

412 Det præciseres herved i skrivelsen af 22. december 1997 (jf. præmis 23 ovenfor), at »henlæggelser til fornyelse, som ikke længere var berettigede (38 520 943 408 FRF) [blev omposteret til overførsler] i henhold til [CNC's udtalelse]«. Det fremgår desuden af bilag 3 til denne skrivelse, at denne ompostering af uudnyttede hensættelser medførte et udsving i nettoaktiverne, som blev beskattet med 41,66%, hvilket – som parterne også har medgivet – var den gældende skattesats i 1997.

413 Kommissionen kan derfor ikke foreholdes at have støttet sig på oplysninger, navnlig vedrørende størrelsen af de pågældende hensættelser til fornyelse eller den gældende skattesats, som Den Franske Republik havde givet den under den administrative procedure, ved vurderingen af størrelsen af den omhandlede støtte (jf. i denne retning dom af 30.11.2009, Frankrig og France Télécom mod Kommissionen, T-427/04 og T-17/05, EU:T:2009:474, præmis 302 og 303, stadfæstet ved dom af 8.12.2011, France Télécom mod Kommissionen, C-81/10 P, EU:C:2011:811, præmis 102-104).

414 Som følge heraf må det andet subsidiære anbringendes to led og dermed anbringendet i sin helhed forkastes.

Sagsomkostninger

415 Ifølge procesreglementets artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Det fremgår i øvrigt af procesreglementets artikel 134, stk. 2, at hvis der er flere tabende parter, træffer Retten afgørelse om sagsomkostningernes fordeling. Det bestemmes desuden i procesreglementets artikel 138, stk. 1, at medlemsstater og institutioner, der er indtrådt i en sag, bærer deres egne omkostninger.

416 Da EDF og Den Franske Republik har tabt sagen, bør det pålægges dem at bære hver deres egne omkostninger og at betale Kommissionens omkostninger i overensstemmelse med dens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Tredje Afdeling):

1) Europa-Kommissionen frifindes.

2) Électricité de France (EDF) bærer sine egne omkostninger og betaler Kommissionens omkostninger med undtagelse af de omkostninger, som denne institution har afholdt som følge af Den Franske Republiks intervention.

3) Den Franske Republik bærer sine egne omkostninger og betaler de omkostninger, som Kommissionen har afholdt som følge af denne medlemsstats intervention.

Frimodt Nielsen Kreuschitz Półtorak

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 16. januar 2018.

Underskrifter

Indhold

I. Sagens baggrund 2

A. Indledning 2

B. Støttemodtageren 2

C. Oprettelse af regnskabsmæssige henlæggelser til fornyelse af RAG 3

D. Konvertering af de regnskabsmæssige henlæggelser 4

E. Den skattemæssige konsekvens af konverteringen af de regnskabsmæssige henlæggelser 5

F. Indledningsbeslutningen 6

G. Kommissionens oprindelige beslutning 6

H. Dommen i sag T-156/04 7

I. Dommen i sag C-124/10 P 9

J. Udvidelsesafgørelsen 15

K. Den anfægtede afgørelse 16

II. Retsforhandlingerne og parternes påstande 17

III. Retlige bemærkninger 19

A. Det første principale anbringende 19

1. Parternes argumenter 19

2. Rettens bemærkninger 21

B. Det andet principale anbringende 23

1. Kort gennemgang af den anfægtede afgørelse 23

2. Indledende betragtninger 31

3. Det første led 31

a) Parternes argumenter 31

b) Rettens bemærkninger 33

4. Det andet led 38

a) Parternes argumenter 38

b) Rettens bemærkninger 39

5. Det tredje led 41

a) Parternes argumenter 41

b) Rettens bemærkninger 43

1) Den hævdede retlige fejl 43

2) De hævdede faktiske fejl 48

6. Det fjerde led 54

a) Parternes argumenter 54

b) Rettens bemærkninger 55

7. Det femte led 58

a) Parternes argumenter 58

b) Rettens bemærkninger 58

8. Konklusion om det andet principale anbringende 59

C. Det tredje principale anbringende 59

D. Det fjerde principale anbringende 59

1. Parternes argumenter 59

2. Rettens bemærkninger 59

E. Det første subsidiære anbringende 60

1. Kort gennemgang af den anfægtede afgørelse 60

2. Det første led om tilsidesættelse af artikel 1, litra b), nr. v), i forordning nr. 659/1999 61

a) Parternes argumenter 61

b) Rettens bemærkninger 61

3. Det andet led om tilsidesættelse af artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 659/1999 62

a) Parternes argumenter 62

b) Rettens bemærkninger 63

F. Det andet subsidiære anbringende 65

1. Parternes argumenter 65

2. Rettens bemærkninger 66

Sagsomkostninger 67