Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
PAOLO MENGOZZI
vom 28. Juni 2012 [1]

Verbundene Rechtssachen C-399/10 P und C-401/10 P

Bouygues SA,
Bouygues Télécom SA
gegen
Europäische Kommission u. a.
und
Europäische Kommission
gegen

Französische Republik u. a.

„Rechtsmittel — Staatliche Beihilfen — Begriff — Unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährte Vorteile — Finanzielle Maßnahmen zugunsten von France Télécom“

1. Mit ihren Rechtsmitteln beantragen die Bouygues SA und die Bouygues Télécom SA (Rechtssache C-399/10 P), zwei Gesellschaften französischen Rechts, von denen die Letztgenannte auf dem französischen Mobilfunkmarkt tätig ist (im Folgenden: Bouygues), sowie die Europäische Kommission (C-401/10 P) die Aufhebung des Urteils des Gerichts der Europäischen Union vom 21. Mai 2010, Frankreich u. a./Kommission (T-425/04, T-444/04, T-450/04 und T-456/04) (im Folgenden: angefochtenes Urteil); mit diesem Urteil hatte das Gericht zum einen Art. 1 der Entscheidung 2006/621/EG der Kommission vom 2. August 2004 über die staatliche Beihilfe, die Frankreich zugunsten von France Télécom gewährt hat (ABl. L 257, S. 11, im Folgenden: streitige Entscheidung), für nichtig erklärt und zum anderen die Anträge, Art. 2 dieser Entscheidung für nichtig zu erklären, für erledigt erklärt.

I – Die Vorgeschichte des Rechtsstreits und die streitige Entscheidung

2. France Télécom (im Folgenden: FT), die an der Spitze eines Konzerns steht, der im Bereich der Bereitstellung von Telekommunikationsnetzen und -diensten tätig ist, ist eine börsenotierte Aktiengesellschaft, deren Kapital im Jahr 2002 zu 56,45 % vom französischen Staat gehalten wurde. Am 31. Dezember 2001 wies FT im Abschluss für das Jahr 2001 63,5 Mrd. Euro Nettoschulden und 8,3 Mrd. Euro Verlust aus. Am 30. Juni 2002 waren die Nettoschulden von FT auf 69,69 Mrd. Euro gestiegen, davon 48,9 Mrd. Euro aus Obligationen, die in den Jahren 2003 bis 2005 zur Rückzahlung fällig wurden.

1 — Originalsprache: Französisch.

3. Zur Finanzlage von FT erklärte der französische Minister für Wirtschaft, Finanzen und Industrie in einem in der Tageszeitung *Les Echos* vom 12. Juli 2002 veröffentlichten Interview (im Folgenden: Erklärung vom 12. Juli 2002):

„Wir halten mit 55 % die Mehrheit der Anteile … Der Staat in seiner Eigenschaft als Aktionär wird sich als marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber verhalten, und wenn [FT] in Schwierigkeiten geraten sollte, werden wir angemessene Maßnahmen ergreifen … Ich wiederhole: Sollte [FT] Finanzprobleme haben, was gegenwärtig nicht der Fall ist, wird der Staat die für ihre Überwindung erforderlichen Entscheidungen treffen … Sie leisten hier wieder dem Gerücht einer Kapitalerhöhung Vorschub … Nein, bestimmt nicht! Ich bekräftige nur noch einmal, dass wir zu gegebener Zeit die geeigneten Maßnahmen treffen werden. Falls es notwendig ist …“

4. In einer Pressemitteilung zur Finanzlage von FT vom 13. September 2002 (im Folgenden: Erklärung vom 13. September 2002) erklärten die französischen Stellen:

„Nach den außerordentlichen Verlusten im ersten Halbjahr sieht sich [FT] mit einem schwerwiegenden Eigenkapitalmangel konfrontiert. Eine derartige Finanzlage schwächt das Potenzial [von FT]. Daher ist die [französische] Regierung entschlossen, ihrer Verantwortung in vollem Umfang gerecht zu werden … Der [französische] Staat wird [FT] bei der Umsetzung dieses Plans unterstützen und seinen Teil zu einer sehr substanziellen Kapitalerhöhung [von FT] beitragen, deren Zeitplan und Modalitäten entsprechend den Marktbedingungen zu bestimmen sein werden. Bis dahin wird der [französische] Staat, sofern erforderlich, Maßnahmen ergreifen, um [FT] vor Finanzproblemen zu bewahren …“

5. Am 2. Oktober 2002 wurde der neue Vorstandsvorsitzende von FT berufen. Die Pressemitteilung dazu (im Folgenden: Erklärung vom 2. Oktober 2002) lautet:

„… Dabei genießt [der neue Vorstandsvorsitzende von FT] die Unterstützung des Staates in seiner Eigenschaft als Aktionär, der entschlossen ist, seiner Verantwortung in vollem Umfang gerecht zu werden. Der [französische] Staat wird sich an der Umsetzung der Sanierungsmaßnahmen beteiligen und seinerseits zur Kapitalerhöhung [von FT] beitragen, deren Modalitäten in engem Einvernehmen mit dem Vorstandsvorsitzenden [von FT] und dem Verwaltungsrat festgelegt werden. Wie bereits angedeutet, wird der [französische] Staat in der Zwischenzeit, sofern erforderlich, Maßnahmen ergreifen, um [FT] vor Finanzproblemen zu bewahren.“

6. Bei der FT-Verwaltungsratssitzung vom 4. Dezember 2002 legte die neue Konzernleitung einen Aktionsplan „Ambition France Télécom 2005“ (im Folgenden: Aktionsplan 2005) vor, der im Wesentlichen darauf gerichtet war, die Bilanz von FT durch eine Kapitalerhöhung um 15 Mrd. Euro wieder auszugleichen.

7. Die Vorlage des Aktionsplans 2005 war von einer Pressemitteilung des Wirtschafts-, Finanz- und Industrieministers vom 4. Dezember 2002 (im Folgenden: Ankündigung vom 4. Dezember 2002) begleitet, in der es heißt:

„[Der Wirtschaftsminister] bekräftigt die Unterstützung des [französischen] Staates für den Aktionsplan, den der Verwaltungsrat von [FT] am 4. Dezember [2002] gebilligt hat. 1. Die Unternehmensgruppe [FT] stellt eine zusammenhängende wirtschaftliche Einheit mit bemerkenswerten Leistungen dar. Dennoch muss [FT] heute eine unausgeglichene Finanzstruktur sowie einen mittelfristigen Eigenkapital- und Refinanzierungsbedarf bewältigen. Diese Situation ist das Ergebnis vergangener Fehlinvestitionen, die auf dem Höhepunkt der Spekulationsblase und im weiteren Sinne der Marktwende durchgeführt wurden. Sie wurde zusätzlich verschärft durch die Unfähigkeit von [FT], ihre Entwicklung auf andere Weise als durch Aufnahme von Schulden zu finanzieren. 2. Der [französische] Staat in seiner Eigenschaft als Mehrheitsaktionär hat die neue Konzernleitung aufgefordert, das finanzielle Gleichgewicht [von FT] unter Bewahrung der Einheit des Konzerns wiederherzustellen … 3. Unter Berücksichtigung des von der Konzernleitung erarbeiteten

Aktionsplans und der zu erwartenden Rentabilität des investierten Kapitals wird sich der [französische] Staat an der Kapitalerhöhung um 15 Mrd. Euro entsprechend seinem Unternehmensanteil, d. h. mit 9 Mrd. Euro, beteiligen. Der [französische] Staat in seiner Eigenschaft als Aktionär wird sich in seinem Handeln vom Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers leiten lassen. [FT] wird die Aufgabe zufallen, die Modalitäten und den genauen Zeitplan der Kapitalerhöhung festzulegen. Die [französische] Regierung wünscht, dass bei der Durchführung dieser Operation der Situation der einzelnen Aktionäre und der Beschäftigten, die im Besitz von Aktien von [FT] sind, in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen wird. Um [FT] die Möglichkeit einzuräumen, zum günstigsten Zeitpunkt Kapital am Markt aufzunehmen, ist der [französische] Staat bereit, seine Beteiligung an der Kapitalerhöhung in Form eines befristeten Aktionärsvorschusses vorwegzunehmen, den er [FT] zu marktüblichen Konditionen zur Verfügung stellt. 4. Die gesamte staatliche Beteiligung an [FT] wird dem staatlichen Industrie- und Handelsunternehmen ERAP [Entreprise de recherches et d'activités pétrolières] übertragen, das zur Finanzierung des staatlichen Anteils an der Kapitalerhöhung von [FT] Schulden auf den Finanzmärkten aufnehmen wird."

8. Am 4. Dezember 2002 meldete die Französische Republik die nach dem Aktionsplan 2005 vorgesehenen Finanzmaßnahmen einschließlich des am selben Tag angekündigten geplanten Aktionärsvorschusses bei der Kommission an.

9. Am 11. und 12. Dezember 2002 legte FT nacheinander zwei Anleiheemissionen mit einem Gesamtvolumen von 2,9 Mrd. Euro auf.

10. Am 20. Dezember 2002 übermittelte ERAP, über die der französische Staat am 14. April 2003 28,6 % des Kapitals von FT hielt, dieser den paraphierten und unterschriebenen Entwurf einer Vereinbarung über einen Aktionärsvorschuss (im Folgenden: Angebot einer Aktionärsvorschussvereinbarung vom 20. Dezember 2002). Dieser Vereinbarungsentwurf wurde von FT nicht unterschrieben, und der Aktionärsvorschuss wurde niemals gewährt.

11. Am 15. Januar 2003 nahm FT Anleihen in Form von Obligationen in Höhe von insgesamt 5,5 Mrd. Euro auf. Diese Obligationenanleihen waren nicht durch staatliche Sicherheiten oder Garantien gedeckt. Am 10. Februar 2003 verlängerte FT einen Teil eines fälligen 15-Milliarden-Euro-Konsortialkredits.

12. Am 4. März 2003 begann die im Aktionsplan von 2005 vorgesehene Kapitalerhöhung. Am 24. März 2003 erhöhte FT ihr Kapital um 15 Mrd. Euro. Der französische Staat beteiligte sich an dieser Maßnahme mit 9 Mrd. Euro entsprechend seinem Anteil am Kapital von FT. Am 11. April 2003 wurde die Maßnahme abgeschlossen. FT schloss das Geschäftsjahr 2002 mit einem Verlust von rund 21 Mrd. Euro und Nettofinanzschulden von nahezu 68 Mrd. Euro ab. In dem am 5. März 2003 veröffentlichten Abschluss für das Geschäftsjahr 2002 wies FT einen um 8,4 % höheren Umsatz, ein um 21,1 % höheres Betriebsergebnis vor Abschreibung und ein um 30,9 % höheres Betriebsergebnis aus. Am 14. April 2003 hielt der französische Staat 58,9 % des Kapitals von FT.

13. Am 22. Januar 2003 erhoben die Unternehmen Bouygues bei der Kommission Beschwerde wegen bestimmter FT und Orange vom französischen Staat im Rahmen der Refinanzierung von FT gewährter Beihilfen.

14. Am 3. August 2004 stellte die Kommission den französischen Stellen die streitige Entscheidung zu. Art. 1 dieser Entscheidung lautet: „Der Aktionärsvorschuss, den [die Französische Republik] [FT] im Dezember 2002 in Form einer Kreditlinie von 9 Mrd. Euro gewährt hat, stellt vor dem Hintergrund der ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen eine staatliche Beihilfe dar, die mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist." In Art. 2 der streitigen Entscheidung heißt es: „Die in Artikel 1 bezeichnete Beihilfe ist nicht zurückzufordern."

15. Die Kommission stellte fest, dass FT im Hinblick auf ihre Finanzlage ab Juni 2002 als ein von schwerwiegenden strukturellen Problemen gekennzeichnetes Unternehmen mit unausgeglichener Bilanz anzusehen gewesen sei. Zum Zeitpunkt der Erklärung vom 12. Juli 2002 hätte jede weitere Senkung der Bewertung der Schulden von FT zu dem Verlust ihres sicheren „Investment Grade" geführt, und die Ratingagenturen Standard & Poor's und Moody's hätten kurz vor der Herabstufung dieser Bewertung und vor der Einstufung als „Junk Bond" (Ramschanleihe) gestanden. Im Juli 2002 habe sich FT in einer Vertrauenskrise befunden.

16. Die Kommission stellte im 186. Erwägungsgrund der streitigen Entscheidung fest, dass den Maßnahmen vom Dezember 2002, die Gegenstand der Notifizierung waren, ab Juli 2002 mehrere Erklärungen und Maßnahmen der französischen Behörden vorausgegangen seien. Einerseits hätten diese Erklärungen und Maßnahmen ein besseres Verständnis der Gründe und der Tragweite der Maßnahmen vom Dezember 2002 ermöglicht, andererseits hätten sie einen Einfluss auf die Vorstellung gehabt, die sich die Märkte und die Wirtschaftsbeteiligten von der Lage von FT im Dezember 2002 gemacht hätten. Die Kommission führte sodann aus, man könne die Erklärungen und Maßnahmen ab Juli 2002 als einen Gesamtkomplex betrachten, und in ihrer Gesamtheit betrachtet könnten sie als Gefährdung staatlicher Mittel aufgefasst werden (187. Erwägungsgrund). Sie bemerkte einen zeitlichen Abstand zwischen den dem Unternehmen verschafften Vorteilen, die im Juli besonders ausgeprägt gewesen seien, und der potenziellen Bindung staatlicher Mittel, die im Dezember deutlicher gewesen sei. Gleichwohl wäre es nicht leicht, über jeden Zweifel erhaben festzustellen, ob die Erklärungen vom Juli 2002 so beschaffen gewesen seien, dass sie zumindest potenziell eine Bindung staatlicher Mittel beinhalteten. Die These, dass die Erklärungen vom Juli 2002 eine Beihilfe darstellten, sei „also innovativ, aber wohl nicht völlig unbegründet" (188. Erwägungsgrund). Die Kommission verfüge jedoch nicht über genügend Material, um gestützt auf diese These das Vorliegen einer Beihilfe nachweisen zu können (189. Erwägungsgrund).

17. Die Kommission konzentrierte ihre Prüfung deshalb auf die ab Dezember 2002 getroffenen und vom französischen Staat angemeldeten Maßnahmen und stellte fest, dass bei diesen das Vorliegen einer Bindung staatlicher Mittel und eines Vorteils deutlicher werde, „wenn man die Wirkung der vorherigen Erklärungen auf den Markt berücksichtigt". Die Kommission legte sodann dar, dass FT durch das Angebot eines Aktionärsvorschusses ein Vorteil eingeräumt worden sei, da dieses Angebot es dem Unternehmen ermöglicht habe, seine Finanzmittel aufzustocken, und den Markt hinsichtlich seiner Fähigkeit, seine fälligen Verbindlichkeiten einzulösen, beruhigt habe. Auch wenn die Vorschussvereinbarung niemals unterzeichnet worden sei, „wurde am Markt doch der Eindruck hervorgerufen, dass dieser Vorschuss existiert. Daraus konnte FT ein Vorteil erwachsen, da der Markt [ihre] Finanzlage … nunmehr für solider hielt" (194. Erwägungsgrund). Wenn ein Vorteil aus einer staatlichen Verpflichtung erwachse, die zwar keine sofortige, aber eine potenzielle Mittelübertragung nach sich ziehe, schließe dies nicht aus, dass dieser Vorteil aus staatlichen Mitteln gewährt werde. Die Kommission führte aus, dass „durch die Ankündigung der Gewährung eines Aktionärsvorschusses in Verbindung mit der Schaffung der Voraussetzungen für die Vorschussgewährung, durch den gegenüber dem Markt erweckten Eindruck, dass der Vorschuss tatsächlich gewährt wurde, und schließlich durch die Übersendung der von ERAP paraphierten und unterzeichneten Vorschussvereinbarung an FT eine potenzielle zusätzliche Belastung der öffentlichen Hand entstanden ist" (196. Erwägungsgrund).

18. Die Kommission kam zu dem Ergebnis, dass die genannten Maßnahmen eine staatliche Beihilfe darstellten, die mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sei. Da ihre Wirkung jedoch nicht genau bewertet werden könne, stehe die Wahrung der Verteidigungsrechte ihrer Rückforderung entgegen. Da die Kommission im Übrigen neben dem Angebot eines Aktionärsvorschusses vom 20. Dezember 2002 noch weitere Elemente in ihre Gesamtbewertung einbezogen hatte und da die Frage, ob ein solches Verhalten mit den Vorschriften über staatliche Beihilfen vereinbar ist, neu war, stand ihrer Meinung nach auch der Grundsatz des Vertrauensschutzes der Rückforderung entgegen.

II – Das angefochtene Urteil

19. Mit ihrer beim Gericht erhobenen Klage beantragten die Französische Republik, FT, die Unternehmen Bouygues und die Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (Französischer Verband der Anbieter und Betreiber von Telekommunikationsnetzen und -diensten) die (vollständige oder teilweise) Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung.

20. In dem angefochtenen Urteil hat das Gericht zunächst das Rechtsschutzinteresse der verschiedenen Kläger bejaht und sodann die von der Kommission in der streitigen Entscheidung vorgenommene Qualifizierung als staatliche Beihilfe geprüft. Dazu hat es in Randnr. 221 ausgeführt, es sei „als Erstes zu prüfen, ob die ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen und das Vorhaben des Aktionärsvorschusses vom Dezember 2002 einzeln oder zusammen betrachtet FT einen oder mehrere Vorteile verschafften. Falls ja, wird als Zweites zu beurteilen sein, ob sich diese etwaigen Vorteile von FT aus einer Übertragung staatlicher Mittel ergeben. Falls ja, wird als Drittes zu prüfen sein, ob diese etwaigen aus staatlichen Mitteln stammenden Vorteile unter Beachtung des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers gewährt worden sind."

21. Was zunächst die Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 betrifft, hat das Gericht in Randnr. 234 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass „die Kommission in der angefochtenen Entscheidung hinreichend dargetan [hat], dass FT infolge dieser Erklärungen erheblich begünstigt wurde, da diese es ihr ermöglichten, das Vertrauen der Finanzmärkte zurückzugewinnen und leichter und kostengünstiger Zugang zu neuen Krediten zu erhalten, die sie zur Refinanzierung ihrer kurzfristig fälligen Verbindlichkeiten im Umfang von 15 Mrd. Euro benötigte, und im Ergebnis zur Stabilisierung ihrer finanziellen Lage beitrugen, die sich im Juni/Juli 2002 wesentlich zu verschlechtern drohte". In der folgenden Randnummer hat das Gericht ausgeführt, die Kommission habe „eine Reihe von Indizien zusammengetragen, die den Nachweis erlauben, dass die Ratingagenturen nach der Erklärung vom 12. Juli 2002 und den folgenden Erklärungen sowie der Ankündigung des geplanten Aktionärsvorschusses vom 4. Dezember 2002 FT günstiger bewerteten als vorher bzw. als sie vorher beabsichtigt hatten angesichts ihrer finanziellen Krise". Es hat in Randnr. 237 anerkannt, dass diese Erklärungen „als Gesamtheit die Reaktion der Ratingagenturen entscheidend beeinflussten und dass diese Reaktion dann maßgeblich war für die Aufwertung des Image von FT in den Augen der Investoren und Gläubiger und für das Verhalten der auf den Finanzmärkten tätigen Wirtschaftsteilnehmer, die sich später an der Refinanzierung von FT beteiligten". Schließlich ist das Gericht in Randnr. 240 zu dem Ergebnis gekommen, dass „[d]ie positive und stabilisierende Wirkung auf die Bewertung von FT, die sich unmittelbar aus den ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen und der Absicht der französischen Stellen ergibt, … zwangsläufig zur Folge [hatte], dass FT finanziell begünstigt und ihre wirtschaftliche Stellung gestärkt wurde. Bereits diese Feststellung berechtigte die Kommission zu dem Schluss, dass FT im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG begünstigt worden war, ohne dass die Begünstigung beziffert zu werden braucht."

22. In den Randnrn. 243 ff. hat das Gericht sodann untersucht, „ob der Aktionärsvorschuss, der nur bis zum Stadium eines von FT nicht unterzeichneten Vereinbarungsentwurfs gediehen war und niemals gewährt wurde, für sich allein betrachtet FT gegenüber dem oben in den Randnrn. 235 bis 237 beschriebenen Vorteil einen zusätzlichen, gesonderten Vorteil brachte". In Randnr. 244 hat das Gericht auf den 194. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung verwiesen, „wonach die Vereinbarung über den Aktionärsvorschuss zwar nie von FT unterzeichnet und damit auch nicht durchgeführt wurde, FT aber doch einen Vorteil verschaffte, weil sie es ihr ermöglicht habe, ihre Finanzmittel aufzustocken, den Markt hinsichtlich ihrer Fähigkeit, ihre fälligen Verbindlichkeiten einzulösen, zu beruhigen und damit ihre Kreditbedingungen zu beeinflussen. FT habe nämlich daraus, dass ‚am Markt doch der Eindruck hervorgerufen [wurde], dass dieser Vorschuss existiert, … ein Vorteil erwachsen [können], da der Markt [ihre] Finanzlage … nunmehr für solider hielt'." In Randnr. 245 hat das Gericht ausgeführt: „Soweit die Kommission den so beschriebenen Vorteil jedoch mit einer beruhigenden Wirkung auf den Markt und dem Eindruck von Dritten, dass der

Aktionärsvorschuss FT bereitgestellt worden sei, gleichsetzt, überschneidet sich dieser Vorteil offensichtlich mit dem aus den ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen und insbesondere mit dem aus der Ankündigung des geplanten Aktionärsvorschusses vom 4. Dezember 2002, die bereits eine solche Wirkung auf die Finanzmärkte hervorgerufen und zu günstigeren Kreditbedingungen für FT geführt hatten." In Randnr. 246 heißt es weiter: „Es erscheint nämlich ausgeschlossen, dass der geplante Aktionärsvorschuss, wie er Gegenstand der von ERAP unterzeichneten, paraphierten und an FT übermittelten Vereinbarung war, genau dieselbe oder zumindest eine ähnliche Wirkung auf diese Märkte hatte wie seine Ankündigung vom 4. Dezember 2002", denn „die Übermittlung der Vereinbarung über den Aktionärsvorschuss durch ERAP an FT [ist] am 20. Dezember 2002 nicht gesondert zusätzlich zu der Ankündigung des geplanten Aktionärsvorschusses vom 4. Dezember 2002 bekannt gegeben worden".

23. In den Randnrn. 251 bis 256 des angefochtenen Urteils hat das Gericht geprüft, ob die Kommission „rechtlich hinreichend nachgewiesen hat, dass FT bereits dadurch begünstigt wurde, dass sie einseitig und voraussetzungslos die Kreditlinie von 9 Mrd. Euro in Anspruch nehmen konnte, die Gegenstand der Vereinbarung über den Aktionärsvorschuss war, obwohl diese Vereinbarung von ihr niemals unterzeichnet und auch nicht durchgeführt wurde". Denn nach Auffassung des Gerichts kommt in der streitigen Entscheidung „mit dem erforderlichen Mindestmaß an Klarheit und Bestimmtheit" zum Ausdruck, dass die Kommission von einem zusätzlichen, gesonderten Vorteil gegenüber dem in den Randnrn. 235 bis 237 des Urteils beschriebenen, sich aus den „ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen" ergebenden Vorteil ausgegangen ist (Randnrn. 248 bis 250). Das Gericht ist aufgrund dieser Prüfung zu dem Ergebnis gelangt, dass dieser Nachweis nicht erbracht worden sei, da die Kommission nicht geprüft habe, ob sich der fragliche Darlehensvertrag unter Berücksichtigung seiner Durchführungsbedingungen konkret für FT wirtschaftlich vorteilhaft ausgewirkt habe (Randnr. 257).

24. In den Randnrn. 262 ff. des angefochtenen Urteils hat sich das Gericht der Frage zugewandt, ob sich die zuvor festgestellten Vorteile aus einer Übertragung staatlicher Mittel ergeben. Es hat zunächst das Vorbringen der Unternehmen Bouygues zurückgewiesen, dass sich dieser Vorteil aus den Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 ergebe, und zwar aufgrund des offenen, unbestimmten und bedingten Charakters dieser Erklärungen und des Umstands, dass nicht dargetan sei, dass sie „die Voraussetzungen für eine einseitige rechtsverbindliche Verpflichtung des … Staates erfüllten, sei es auch nur in Form einer ‚lettre d'intention' [einer schriftlichen Absichtserklärung], die eine Übertragung staatlicher Mittel im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG bedeutet" (Randnrn. 268 bis 289).

25. Das Gericht hat sodann geprüft, ob in der Ankündigung einer Aktionärsvorschussvereinbarung vom 4. Dezember 2002 oder in dem Angebot vom 20. Dezember 2002 eine Übertragung staatlicher Mittel zu sehen ist.

26. Bezüglich der Ankündigung vom 4. Dezember 2002 hat das Gericht festgestellt, dass weder die Kommission noch die Unternehmen Bouygues behauptet hätten, dass diese nach französischem Verwaltungs- oder Zivilrecht eine Übertragung staatlicher Mittel bedeute; folglich sei es nicht befugt, diese Frage zu prüfen (Randnrn. 293 bis 295). In Randnr. 296 hat das Gericht hinzugefügt: „Jedenfalls könnte eine Übertragung staatlicher Mittel aufgrund der Ankündigung vom 4. Dezember 2002 nur einem Vorteil entsprechen, der in der in dieser Ankündigung ausdrücklich genannten Bereitstellung der Kreditlinie von 9 Mrd. Euro liegt. Zum einen hat die Kommission, wie oben in Randnr. 292 festgestellt, es unterlassen, einen solchen Vorteil in der angefochtenen Entscheidung hinreichend zu beschreiben. Zum anderen unterscheidet sich dieser Vorteil von dem, der sich, wie in der [streitigen] Entscheidung festgestellt, aus den ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen ergibt (siehe oben, Randnrn. 243 ff.), unbeschadet der Frage, ob dieser letztgenannte Vorteil in der Verbesserung der Bedingungen für die Refinanzierung von FT und/oder dem etwaigen Kursanstieg ihrer Aktien und Obligationen besteht." In Randnr. 297 hat das Gericht ausgeführt: „[Das] Erfordernis des Zusammenhangs zwischen dem festgestellten Vorteil und der Übertragung staatlicher Mittel setzt voraus, dass der genannte Vorteil einer gleichwertigen, vom Staatshaushalt zu tragenden Last entspricht … Dies trifft jedoch im vorliegenden Fall nicht zu, in dem es um das Verhältnis geht zwischen dem in der [streitigen]

Entscheidung festgestellten Vorteil aus den ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen einerseits und der angeblichen Übertragung öffentlicher Mittel in Form der Bereitstellung einer Kreditlinie von 9 Mrd. Euro, wie in der Ankündigung des geplanten Aktionärsvorschusses vom 4. Dezember 2002 vorgesehen, andererseits." Das Gericht hat deshalb im Ergebnis festgestellt, dass die Kommission nicht dargetan habe, dass die in Rede stehende Ankündigung eine Übertragung staatlicher Mittel bedeutet habe.

27. Hinsichtlich des Angebots der Aktionärsvorschussvereinbarung vom 20. Dezember 2002 hat das Gericht lediglich ausgeführt, dass „die Kommission in der [streitigen] Entscheidung nicht hinlänglich nachgewiesen [hat], dass sich aus dem Vertragsangebot als solchem ein Vorteil ergibt (siehe oben, Randnrn. [254 bis 257]), so dass es erst recht für das Gericht nicht möglich ist, eine mit diesem Vorteil etwa verbundene Übertragung staatlicher Mittel festzustellen" (Randnr. 299).

28. Schließlich hat sich das Gericht der Frage zugewandt, ob „die Kommission auf der Grundlage ihres umfassenden Ansatzes (siehe oben, Randnr. 266) befugt war, aus einer Gesamtbeurteilung der ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen zusammen mit der Ankündigung des geplanten Aktionärsvorschusses und der Übermittlung der Vereinbarung über den Aktionärsvorschuss zu schließen, dass das Kriterium der Übertragung staatlicher Mittel im vorliegenden Fall erfüllt war" (Randnrn. 302 bis 309). Es ist nach der Prüfung dieser Frage zu folgendem Ergebnis gekommen: „Somit konnte die Kommission zur Beschreibung eines Vorteils sämtliche Vorgänge heranziehen, die der endgültigen Entscheidung des französischen Staates im Dezember 2002, FT in Form einer Aktionärsvorschussvereinbarung zu unterstützen, vorausgegangen waren und sie beeinflussten, doch gelang es ihr nicht, darzutun, dass dieser Vorteil mit einer Übertragung staatlicher Mittel verbunden war."

III – Verfahren vor dem Gerichtshof und Anträge der Verfahrensbeteiligten

29. Mit Schriftsatz, der am 4. August 2010 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen ist, haben die Unternehmen Bouygues ein Rechtsmittel gegen das angefochtene Urteil eingelegt (Rechtssache C-399/10 P). Auch die Kommission hat mit Schriftsatz, der am 5. August 2010 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen ist, ein Rechtsmittel gegen dieses Urteil eingelegt (Rechtssache C-401/10 P). Mit Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 28. Februar 2011 sind in der Rechtssache C-399/10 P das Königreich Dänemark und die Bundesrepublik Deutschland als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Kommission bzw. Frankreichs zugelassen worden. Das Königreich Dänemark hat seinen Streithilfeantrag später zurückgenommen. Der Präsident des Gerichtshofs hat die Rechtssachen C-399/10 P und C-401/10 P mit Beschluss vom 8. September 2011 zu gemeinsamem mündlichen Verfahren und zu gemeinsamer Entscheidung verbunden.

30. Die Unternehmen Bouygues ersuchen den Gerichtshof in der Rechtssache C-399/10 P, das angefochtene Urteil aufzuheben und in der Sache selbst zu entscheiden. Sie beantragen zum einen, Art. 1 der streitigen Entscheidung teilweise für nichtig zu erklären, soweit die Kommission es dort stillschweigend, aber zwangsläufig abgelehnt habe, die Erklärungen des französischen Staates vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 als staatliche Beihilfen einzustufen, und zum anderen, Art. 2 dieser Entscheidung für nichtig zu erklären; für den Fall, dass der Gerichtshof die Rechtssache nicht für entscheidungsreif hält, beantragen sie hilfsweise, diese zu erneuter Entscheidung an das Gericht zurückzuverweisen; sie beantragen ferner, der Kommission, FT, der Französischen Republik und der Bundesrepublik Deutschland die Kosten aufzuerlegen. In der Rechtssache C-401/10 P verweisen sie auf ihre Anträge in ihrer Rechtsmittelschrift.

31. Die Kommission beantragt in der Rechtssache C-401/10 P, das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als darin Art. 1 der streitigen Entscheidung für nichtig erklärt wurde und der Kommission ihre eigenen Kosten sowie die der Französischen Republik und der FT in den Rechtssachen T-425/04 und T-444/04 entstandenen Kosten auferlegt wurden, und die Rechtssache

unter Vorbehalt der Kostenentscheidung zu erneuter Prüfung an das Gericht zurückzuverweisen. In der Rechtssache C-399/10 P schließt sich die Kommission den Anträgen der Unternehmen Bouygues an, mit Ausnahme des Antrags auf Nichtigerklärung des Art. 1 der streitigen Entscheidung, soweit es dort stillschweigend, aber zwangsläufig abgelehnt wurde, die Erklärungen des französischen Staates vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 als staatliche Beihilfen einzustufen, des Antrags auf Nichtigerklärung des Art. 2 dieser Entscheidung und des Antrags auf Verurteilung der Kommission zur Tragung ihrer eigenen Kosten und der Kosten der Unternehmen Bouygues.

32. FT und die Französische Republik beantragen, die Rechtsmittel der Unternehmen Bouygues und der Kommission zurückzuweisen, hilfsweise, die Rechtssache an das Gericht zurückzuverweisen. Für den Fall, dass der Gerichtshof das Urteil aufhebt und es ablehnt, die Rechtssache an das Gericht zurückzuverweisen, beantragen sie, ihren im ersten Rechtszug gestellten Anträgen ganz oder teilweise stattzugeben und die Kosten den Unternehmen Bouygues und der Kommission aufzuerlegen.

33. Die Bundesrepublik Deutschland unterstützt die Anträge der Französischen Republik und beantragt außerdem, die Kosten der Streithelfer den Unternehmen Bouygues und der Kommission aufzuerlegen.

IV – Zu den Rechtsmitteln

34. Die Unternehmen Bouygues stützen ihr Rechtsmittel in der Rechtssache C-399/10 P auf zwei Gründe: unrichtige Qualifizierung der Erklärungen des französischen Staates vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 als Beihilfe und unrichtige Qualifizierung des FT im Dezember 2002 vom französischen Staat in Form der Bereitstellung einer Kreditlinie von 9 Mrd. Euro gewährten Aktionärsvorschusses als Beihilfe.

35. Die Kommission stützt ihr Rechtsmittel in der Rechtssache C-401/10 P auf drei Gründe: erstens widersprüchliche Begründung des angefochtenen Urteils, zweitens Rechtsirrtum bei der Auslegung des Art. 87 Abs. 1 EG und drittens Verfälschung der streitigen Entscheidung.

A – *Zur Rüge der Verletzung des Art. 87 Abs. 1 EG*

36. Im Folgenden werden zunächst die Rügen der Unternehmen Bouygues im Rahmen ihres ersten Rechtsmittelgrundes untersucht, wonach das Gericht es zu Unrecht abgelehnt habe, die Erklärungen des französischen Staates vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 als Beihilfen einzustufen (Nr. 2), sodann die von den Unternehmen Bouygues im Rahmen ihres zweiten Rechtsmittelgrundes und von der Kommission im Rahmen ihres zweiten Rechtsmittelgrundes erhobenen Rügen betreffend die Einstufung des FT vom französischen Staat gewährten Aktionärsvorschusses als Beihilfe (Nr. 3). Da die Bedingung, dass Beihilfen aus staatlichen Mitteln finanziert werden müssen, im Mittelpunkt der Diskussionen zwischen den Verfahrensbeteiligten steht, soll vor der Prüfung der genannten Rügen ein kurzer Überblick über die einschlägige Rechtsprechung gegeben werden (Nr.1).

1. Überblick über die Rechtsprechung zur Bedingung der Finanzierung der Beihilfe aus staatlichen Mitteln

37. Nach einer inzwischen gefestigten Rechtsprechung gehört die Bindung staatlicher Mittel zu den Grundvoraussetzungen für eine Beihilfe, die somit eine Belastung für den Staatshaushalt darstellen muss.

38. Dieser Grundsatz, der im gegenwärtigen Stadium der Entwicklung des Rechts der staatlichen Beihilfen als feststehend angesehen werden kann, hat allerdings nicht immer gegolten. In einem ersten Stadium seiner Rechtsprechung neigte der Gerichtshof vielmehr dazu, den staatlichen Ursprung einer Maßnahme *alternativ* in der öffentlichen Natur der zu ihrer Finanzierung verwendeten Mittel *oder* in ihrer Zurechenbarkeit zum Staat zu suchen [2]. So hat er in einem Urteil von 1985, in dem er über den Beihilfecharakter einer den französischen Landwirten gewährten Unterstützung zu entscheiden hatte, die aus Betriebsüberschüssen der französischen Caisse nationale de crédit agricole finanziert wurde, ausdrücklich darauf hingewiesen, dass „staatliche Beihilfen nicht nur solche sind, die aus staatlichen Mitteln finanziert werden“ [3]. Einige Jahre später hat der Gerichtshof diese Auffassung im Urteil Kwekeriij van der Kooy u. a./Kommission [4] bestätigt und 1988 in einem Urteil, in dem es um den Beihilfecharakter einer von den griechischen Behörden unter Einschaltung der Bank von Griechenland gewährten Zinsvergütung für Ausfuhrkredite [5] ging, diese Auffassung als „ständige Rechtsprechung“ bezeichnet [6]. Die Auslegung des Art. 92 EWG-Vertrag dahin gehend, dass die öffentliche Finanzierung der Beihilfe keine unerlässliche Voraussetzung für den Beihilfecharakter einer Maßnahme ist, deren Zurechnung zum Staat außer Zweifel steht, wurde auch von mehreren Generalanwälten bejaht [7].

39. Seit dem Urteil Sloman Neptun [8] hat der Gerichtshof jedoch die gegenteilige Auffassung vertreten und dort unter Zurückweisung des Vorbringens der Kommission, die sich auf die soeben genannte Rechtsprechung stützte, und entgegen den Schlussanträgen des Generalanwalts Darmon ausgeführt, dass „nur solche Vorteile als Beihilfen im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EWG-Vertrag anzusehen [sind], die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden“, und dass „[s]chon der Wortlaut dieser Bestimmung … zeig[t] …, dass die aus anderen als staatlichen Mitteln gewährten Vorteile nicht in den Anwendungsbereich der fraglichen Vorschrift fallen“ [9]. Diese Änderung der Rechtsprechung ist einige Monate später durch das Urteil Kirsammer-Hack [10] bestätigt worden, das ebenfalls den Bereich der Sozialgesetzgebung betraf. Diese Auffassung ist in der Folgezeit

2 — Diese Auffassung stützte sich auf die Verwendung der Konjunktion „oder“ in der Wendung „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen“ in dem früheren Art. 92 Abs. 1 EWG-Vertrag (später Art. 87 Abs. 1 EG und sodann Art. 107 AEUV): vgl. dazu Merola, „Le critère de l'utilisation des ressources publiques“, in: *Les aides d'État*, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, 2005, S. 15.

3 — Urteil vom 30. Januar 1985, Kommission/Frankreich (290/83, Slg. 1985, 439, Randnr. 14). Während in diesem Fall kein Zweifel daran bestand, dass die Maßnahme auf Betreiben des Staates beschlossen worden und somit dem Staat zuzurechnen war, vertrat die französische Regierung den Standpunkt, dass die zur Finanzierung der Unterstützung verwendeten Überschüsse der finanzielle Ertrag aus dem Bankgeschäft mit privaten Spareinlagen seien und keine staatlichen Mittel darstellten.

4 — Urteil vom 2. Februar 1988, Kwekerij von der Kooy u. a./Kommission (67/85, 68/85 und 70/85, Slg. 1988, 219, Randnrn. 32 bis 38). In dieser Rechtssache ging es um einen zugunsten einer bestimmten Verbrauchergruppe in den Niederlanden angewandten Erdgasvorzugstarif, der von den Gasproduzenten festgelegt wurde, zu denen Gasunie gehörte, ein privatrechtliches Unternehmen, dessen Kapital sich zu 50 % unmittelbar oder mittelbar im Besitz des niederländischen Staates befand. Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass die Festsetzung dieses Tarifs angesichts der Struktur des Aktionariats von Gasunie auf ein Verhalten des niederländischen Staates zurückgehe, und führte aus, dass schon „[d]iese Feststellung für das Ergebnis [ausreicht], dass die Festsetzung des streitigen Tarifs … unter den Begriff einer staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 92 EWG-Vertrag fallen kann“.

5 — Urteil vom 7. Juni 1988, Griechenland/Kommission (57/86, Slg. 1988, 2855, Randnr. 12).

6 — Der Gerichtshof hat jedoch schon damals zweimal das Vorliegen einer Beihilfe verneint, nachdem er festgestellt hatte, dass die Vorteile nicht unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt worden waren: vgl. die Urteile vom 24. Januar 1978, van Tiggele (82/77, Slg. 1978, 25, Randnr. 24), und vom 13. Oktober 1982, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will u. a. (213/81 bis 215/81, Slg. 1982, 3583, Randnr. 22).

7 — Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts VerLoren van Themaat in der vorgenannten Rechtssache Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will u. a., des Generalanwalts Slynn in der vorgenannten Rechtssache Griechenland/Kommission und des Generalanwalts Darmon in der Rechtssache, in der das Urteil vom 17. März 1993, Sloman Neptun (C-72/91 und C-73/91, Slg. 1993, I-887), ergangen ist. Vgl. auch die kürzlich vorgetragenen Schlussanträge des Generalanwalts Poiares Maduro in der Rechtssache Enirisorse (C-237/04, Urteil vom 23. März 2006, Slg. 2006, I-2843, Nrn. 44 bis 53).

8 — Oben in Fn. 7 angeführt.

9 — Der Gerichtshof hat dies in Randnr. 19 dahin erläutert, dass „[d]ie Unterscheidung zwischen staatlichen Beihilfen und aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen … dem Zweck [dient], in den Beihilfebegriff nicht nur unmittelbar vom Staat gewährte Beihilfen, sondern auch jene Beihilfen einzubeziehen, die durch vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden“. In einem späteren Urteil hat er ausgeführt, dass die Voraussetzung der Übertragung staatlicher Mittel nicht an die Stelle der Voraussetzung der Zurechenbarkeit der den von den fraglichen Maßnahmen Begünstigten gewährten Vorteile zum Staat trete, sondern zu dieser hinzutrete: Urteil vom 16. Mai 2002, Frankreich/Kommission (C-482/99, Slg 2002, I-4397, Randnr. 24).

10 — Urteil vom 30. November 1993 (C-189/91, Slg. 1993, I-6185).

aufrechterhalten worden [11]. In der vorgenannten Rechtssache PreussenElektra [12] war der Gerichtshof von der Kommission offen ersucht worden, seine Rechtsprechung insbesondere unter Berücksichtigung der neueren Entwicklungen des Gemeinschaftsrechts zu überdenken. Er ist diesem Ersuchen jedoch nicht nachgekommen [13].

40. Zwar ist ein einem oder mehreren Unternehmen gewährter Vorteil nur dann als staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen, wenn er aus staatlichen Mitteln finanziert wurde; nach ständiger Rechtsprechung braucht aber nicht in jedem Fall eine tatsächliche Übertragung dieser Mittel nachgewiesen zu werden [14]. Auch der Verzicht des Staates auf Einnahmen kann eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV sein, selbst wenn er nicht mit einer direkten Übertragung staatlicher Mittel verbunden ist [15]. So hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass die Voraussetzung der Finanzierung aus staatlichen Mitteln erfüllt sein kann bei einer Abgabenbefreiung oder Steuervergünstigung [16], einem Steueraufschub und unter bestimmten Voraussetzungen bei Zahlungserleichterungen, die einem Unternehmen von der mit der Einziehung von Sozialversicherungsbeiträgen betrauten Einrichtung im Ermessenswege gewährt wurden [17], bei der Lieferung von Waren oder Dienstleistungen zu Vorzugsbedingungen [18] und beim tatsächlichen Verzicht auf öffentliche Darlehen oder dem Erlass von Geldbußen oder Zwangsgeldern [19].

41. Im Urteil Ecotrade hat der Gerichtshof festgestellt, dass auch die Gewährung einer staatlichen Bürgschaft zu einer „zusätzlichen Belastung der öffentlichen Hand“ führen könne [20]. Auf diese Fallgestaltung haben die Unternehmen Bouygues ausdrücklich im Hinblick auf die Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 hingewiesen. Insoweit erinnere ich daran, dass die Kommission in ihrer Mitteilung über staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften (im Folgenden: Mitteilung über Beihilfen in Form von Garantien) [21] zu der Frage der Bindung öffentlicher Mittel „im Interesse einer zweifelsfreien Auslegung“ klargestellt hat, dass in Fällen, in denen die Übernahme des Risikos durch den Staat nicht durch eine angemessenen Prämie vergütet werde, „dies ein Vorteil für das Unternehmen und ein Verlust staatlicher Ressourcen“ sei. Folglich werde die Beihilfe „bei der Übernahme der Garantie gewährt und nicht erst dann, wenn die Garantie in Anspruch genommen wird oder aufgrund der Garantie Zahlungen erfolgen“, und eine staatliche Beihilfe könne selbst dann vorliegen, „wenn im Rahmen einer Garantie keinerlei Zahlungen des Staates erfolgen“ [22]. Die Verwendung öffentlicher Mittel ergebe sich also nicht aus einer zukünftigen und ungewissen Belastung des Staatshaushalts im Fall der Inanspruchnahme der Garantie,

11 — Vgl. Urteile vom 1. Dezember 1998, Ecotrade (C-200/97, Slg. 1998, I-7907, Randnr. 36), in dem sich die Frage stellte, ob das italienische Gesetz, durch das das Verfahren der Sonderverwaltung für in Schwierigkeiten befindliche Großunternehmen eingeführt wurde und dessen Regelung vom allgemeinen Konkursrecht abwich, Beihilfeelemente enthielt, und vom 17. Juni 1999, Piaggio (C-295/97, Slg. 1999, I-3735), das dasselbe italienische Gesetz betraf. Auf derselben Linie, wenn auch mit anderen Erwägungen, vgl. auch Urteil vom 7. Mai 1998, Viscido u. a. (C-52/97 bis C-54/97, Slg. 1998, I-2629).

12 — Urteil vom 13. März 2001, PreussenElektra (C-379/98, Slg. 2001, I-2099).

13 — Es ist interessant, festzustellen, dass in der Rechtssache PreußenElektra die Kosten der fraglichen Maßnahme hauptsächlich privaten Wirtschaftsteilnehmern zur Last fielen, die auf demselben Markt tätig waren wie die Beihilfeempfänger, mit der Folge, dass der Wettbewerb noch weiter verfälscht wurde.

14 — Urteile des Gerichtshofs vom 15. März 1994, Banco Exterior de España/Ayuntamiento de Valencia (C-387/92, Slg. 1994, I-877, Randnr. 14), vom 27. Juni 2000, Kommission/Portugal (C-404/97, Slg. 2000, I-4897, Randnr. 45), und vom 16. Mai 2002, Frankreich/Kommission (oben in Fn. 9 angeführt, Randnr. 36).

15 — Vgl. insbesondere das oben in Fn. 14 angeführte Urteil Banco Exterior de España/Ayuntamiento de Valencia (Randnr. 14) und das Urteil vom 19. Mai 1999, Italien/Kommission (C-6/97, Slg. 1999, I-2981, Randnr. 16).

16 — Vgl. die vorgenannten Urteile Banco Exterior de España/Ayuntamiento de Valencia (Randnr. 14) und Italien/Kommission (Randnr. 16), sowie das Urteil vom 19. September 2000, Deutschland/Kommission (C-156/98, Slg. 2000, I-6857, Randnrn. 26 und 27).

17 — Urteil vom 29. Juni 1999, DMT (C-256/97, Slg. 1999, I-3913).

18 — Urteil vom 11. Juli 1996, SFEI u. a. (C-39/94, Slg. 1996, I-3547, Randnr. 59).

19 — Vgl. das oben in Fn. 11 angeführte Urteil Piaggio (Randnrn. 41 und 42).

20 — Vgl. Urteil vom 1. Dezember 1998, Ecotrade (C-200/97, Slg. 1998, I-7907, Randnr. 43). Vgl. auch Urteil vom 27. Juni 2000, Kommission /Portugal (C-404/97, Slg. 2000, I-4897), und Urteil des Gerichts vom 13. Juni 2000, EPAC/Kommission (T-204/97 und T-270/97, Slg. 2000, II-2267), in dem das Gericht ausgeführt hat, dass „die Übernahme einer Bürgschaft durch den Staat nicht deshalb dem Verbot des Artikels 92 EG-Vertrag entzogen sein [kann], weil diese dem begünstigten Unternehmen gewährte Vergünstigung nicht in einer unmittelbaren und feststehenden Inanspruchnahme staatlicher Mittel Ausdruck gefunden hat“ (Randnr. 81).

21 — ABl. 2008, C 155, S. 10.

22 — Vgl. dazu das Urteil.

sondern daraus, dass der Staat *ohne angemessene Vergütung das Risiko eines solchen Verlusts eingehe*, was nach Auffassung der Kommission einen aktuellen Einkommensausfall darstellt. Genauer sei es die Kombination dieser beiden Elemente, das Eingehen eines Risikos und das Fehlen einer angemessenen Vergütung, die bei einer Garantie zum Einsatz öffentlicher Mittel führe [23].

42. Schließlich ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof, wie die Unternehmen Bouygues zutreffend ausgeführt haben, in der Rechtssache Ecotrade eingeräumt hat, dass auch eine zukünftige und potenzielle Belastung der öffentlichen Hand ausreichen könne [24].

2. Zur Qualifizierung der Erklärungen des französischen Staates vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 als Beihilfe (erster Rechtsmittelgrund in der Rechtssache C-399/10 P)

43. Die Unternehmen Bouygues rügen mit ihrem ersten Rechtsmittelgrund, dass das Gericht es zu Unrecht abgelehnt habe, die Erklärungen des französischen Staates vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 als Beihilfe zu qualifizieren. Dieser Rechtsmittelgrund gliedert sich in drei Teile. Erstens rügen die Unternehmen Bouygues, dem Gericht seien bei der Festsetzung der Voraussetzungen, die vorliegen müssten, damit eine Unterstützungserklärung zur Bindung staatlicher Mittel führen könne, Irrtümer unterlaufen (siehe unten unter a). Zweitens machen sie geltend, die der Kommission vorgelegten nationalen Rechtsvorschriften seien verfälscht worden (siehe unten unter b). Drittens tragen sie vor, dem Gericht sei ein Irrtum bei der Qualifizierung unterlaufen, als es es zu Unrecht abgelehnt habe, die wirtschaftlichen Wirkungen der durch die Erklärungen des Staates geweckten Erwartung als Verwendung öffentlicher Mittel zu berücksichtigen (siehe unten unter c).

a) Zu den dem Gericht angeblich unterlaufenen Irrtümern bei der Festsetzung der Voraussetzungen für die Qualifizierung einer Unterstützungserklärung als Bindung staatlicher Mittel (erster Teil des ersten Rechtsmittelgrundes in der Rechtssache C-399/10 P)

44. Im ersten Teil ihres ersten Rechtsmittelgrundes wenden sich die Unternehmen Bouygues, ohne die Voraussetzung der Finanzierung der Beihilfe aus staatlichen Mitteln als solche in Frage zu stellen, gegen die Anforderungen, die das Gericht an den Beweis für die Erfüllung dieser Voraussetzung in Bezug auf die Erklärungen des französischen Staates vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 gestellt hat. Erstens habe sich das Gericht für die Verneinung des Beihilfecharakters dieser Erklärungen zu Unrecht auf den zukünftigen und ungewissen Charakter des Risikos des Einsatzes der öffentlichen Mittel gestützt. Zweitens sei entgegen den Ausführungen des Gerichts die Unbestimmtheit der Modalitäten staatlichen Eingreifens und des garantierten Betrags kein entscheidendes Kriterium für die Verneinung einer Bindung staatlicher Mittel, da sich der Begriff der Garantie nicht auf die im nationalen Recht vorgesehenen und geregelten klassischen Sicherheiten beschränke. Schließlich habe das Gericht zu Unrecht für den Nachweis einer Verwendung öffentlicher Mittel eine rechtliche Verpflichtung des Staates verlangt.

23 — Meines Wissens hat der Gerichtshof zu dieser Frage noch nicht ausdrücklich Stellung genommen (vgl. jedoch Urteil vom 8. Dezember 2011, Residex Capital IV CV, C-275/10, Slg. 2011, I-13043, in dem der Gerichtshof im Einklang mit der Mitteilung über die Beihilfen in Form von Garantien das Vorliegen einer Beihilfe bejaht, wenn die dem Empfänger der staatlichen Beihilfe entstehenden finanziellen Kosten geringer sind als diejenigen, die ihm entstanden wären, wenn er sich die gleichen Finanzmittel und die gleiche Bürgschaft zu Marktpreisen hätte verschaffen müssen). Vgl. auch, was das Gericht angeht, das Urteil EPAC/Kommission (Randnrn. 80 und 81), und die kürzlich ergangenen Urteile vom 19. Oktober 2005, Freistaat Thüringen/Kommission (T-318/00, Slg. 2005, II-4179, Randnr. 125), und vom 10. November 2011, Elliniki Nafpigokataskevastiki u. a./Kommission (T-384/08, Randnr. 92, wo auf Randnr. 80 des vorgenannten Urteils EPAC/Kommission verwiesen wird).

24 — In Randnr. 41 dieses Urteils hat der Gerichtshof nämlich eingeräumt, dass „[a]ngesichts des Vorrangs der mit der Fortsetzung der wirtschaftlichen Tätigkeit verbundenen Forderungen“ die den unter Sonderverwaltung gestellten Unternehmen erteilte Genehmigung zur Fortsetzung ihrer Tätigkeit „eine zusätzliche Belastung für die öffentliche Hand mit sich bringen [könnte], wenn tatsächlich nachgewiesen wäre, dass der Staat oder öffentliche Einrichtungen zu den Hauptgläubigern des in Schwierigkeiten befindlichen Unternehmens gehören …“

45. Die dargelegten Rügen sind gegen die Randnrn. 279 und 280 des angefochtenen Urteils gerichtet. In Randnr. 279 hat das Gericht nach einer Prüfung der Natur der Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 (Randnrn. 272 bis 278 des angefochtenen Urteils) ausgeführt, dass diese Erklärungen „aufgrund ihres offenen, unbestimmten und bedingten Charakters, insbesondere in Bezug auf die Art, Tragweite und Bedingungen einer etwaigen staatlichen Maßnahme zugunsten von FT, … nicht einer staatlichen Garantie gleichgesetzt oder dahin ausgelegt werden können, dass sie eine unwiderrufliche Verpflichtung enthalten, zugunsten von FT einen bestimmten finanziellen Beitrag … zu erbringen“. Das Gericht hat in Randnr. 279 weiter dargelegt: „Zu einer konkreten, unbedingten und unwiderruflichen Bindung öffentlicher Mittel durch den französischen Staat hätten in diesen Erklärungen entweder die genauen zu investierenden Beträge oder die konkreten zu garantierenden Verbindlichkeiten oder zumindest ein vorgegebener finanzieller Rahmen, etwa eine Kreditlinie in bestimmter Höhe, sowie die Bedingungen ausdrücklich angegeben werden müssen, unter denen der vorgesehene Beitrag gewährt wird.“

46. Ich stelle vorab fest, dass die in der vorstehenden Nummer wiedergegebenen Feststellungen des Gerichts über den Zusammenhang einer Untersuchung anhand des anwendbaren nationalen Rechts hinausgehen, die das Gericht erst in den Randnrn. 283 ff. des angefochtenen Urteils vornimmt. Ich gestehe mein Erstaunen über das Vorgehen des Gerichts, das die Frage, ob eine Unterstützungserklärung des Staates als rechtliche Verpflichtung anzusehen ist, die geeignet ist, einen Einsatz öffentlicher Mittel zu bewirken, untersucht, ohne auf die einschlägigen Bestimmungen des anwendbaren nationalen Rechts einzugehen.

47. Auch wenn man davon ausgeht, dass eine solche Untersuchung statthaft ist, habe ich außerdem grundlegende Vorbehalte gegen die vom Gericht in der Randnr. 280 des angefochtenen Urteils aufgestellten Voraussetzungen. Diese erscheinen mir nämlich viel zu eng, denn sie schließen im Ergebnis die Möglichkeit aus, dass Unterstützungsmaßnahmen, deren wirtschaftliche Wirkungen mit denen einer staatlichen Garantie vergleichbar sind [25], bei denen aber die genaue Tragweite des für den öffentlichen Haushalt entstehenden Risikos zum Zeitpunkt ihres Erlasses noch nicht messbar ist [26], zu einer Übertragung öffentlicher Mittel führen können, und dies *selbst dann, wenn nach dem anwendbaren nationalen Recht eine solche Maßnahme zu einer rechtlichen Verpflichtung des Staates führt*. Ein solcher grundsätzlicher Ausschluss ist meines Erachtens nicht gerechtfertigt, wenn man insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs berücksichtigt, nach der bei der Qualifizierung einer Maßnahme als staatliche Beihilfe ihren möglichen Wirkungen Rechnung getragen werden muss [27].

25 — Denken lässt sich z. B. an stillschweigende Garantien, die sich aus einer auf den Begünstigten anwendbaren besonderen rechtlichen Regelung ergeben, oder auch an Schreiben, in denen eine Schutzabsicht zum Ausdruck gebracht wird. Ich weise insoweit darauf hin, dass nach der Mitteilung über die Beihilfen in Form von Garantien eine „Garantie“ im Sinne dieser Mitteilung jede sich aus einer Vorschrift des nationalen Rechts oder aus einem Verhalten der Behörden ergebende Unterstützungsmaßnahme ist, deren wirtschaftliche Auswirkungen denen einer Garantie gleichkommen. So unterscheidet die Kommission u. a. zwischen Garantien, die sich aus „vertraglichen Bestimmungen … oder anderen Rechtsquellen ergeben“, einerseits und „Garantien, die sich weniger deutlich erkennen lassen“, wie z. B. „mündliche Zusagen“, andererseits.

26 — Beiläufig stelle ich fest, dass die in Randnr. 280 des angefochtenen Urteils aufgestellte Voraussetzung, dass der Umfang der gewährten Garantie zum Zeitpunkt ihrer Gewährung messbar sein muss, zu den in Punkt 3.2 der Mitteilung über staatliche Beihilfen in Form von Garantien genannten Voraussetzungen gehört, die für die Beachtung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden privaten Investors erfüllt sein müssen. Anders ausgedrückt ist die Kommission, da an den finanziellen Rahmen der Unterstützungsmaßnahme nicht dieselben Anforderungen gestellt werden, der Auffassung, dass die Maßnahme eine Beihilfe darstellen könne, während das Gericht meint, dass sie nicht in den Anwendungsbereich des Art. 107 AEUV falle, weil keine Bindung staatlicher Mittel vorliege.

27 — Vgl. Urteile vom 2. Juli 1974, Italien/Kommission (173/73, Slg. 1974, 709, Randnr. 27); vom 24. Februar 1987, Deufil/Kommission (310/85, Slg. 1987, 901, Randnr. 8); vom 26. September 1996, Frankreich/Kommission (C-241/94, Slg. 1996, I-4551, Randnr. 20). Was genauer die Form der staatlichen Unterstützung betrifft, vgl. Urteile vom 14. November 1984, Intermills/Kommission (323/82, Slg. 1984, 3809, Randnr. 31), vom 3. Oktober 1991, Italien/Kommission (C-261/89, Slg. 1991, I-4437, Randnr. 8), vom 19. September 2000, Deutschland/Kommission (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 25). Dieser wenig formelle Charakter wirkt sich übrigens auch auf den Begriff der staatlichen Mittel selbst aus, der nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs „alle Geldmittel erfasst, auf die die Behörden tatsächlich zur Unterstützung von Unternehmen zurückgreifen können“, vgl. das oben in Fn. 9 angeführte Urteil Frankreich/Kommission, Randnr. 37, wo der Gerichtshof mit seiner weiten Definition bezweckt hat, finanzielle Mittel öffentlicher Unternehmen einzuschließen, die zwar nicht auf Dauer dem Staat gehören, aber ständig unter staatlicher Kontrolle stehen.

48. Deshalb halte ich es nicht für erforderlich, diese Frage weiter zu untersuchen. Tatsächlich weist das Gericht das Vorbringen der Unternehmen Bouygues, dass die Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 staatliche Beihilfen darstellten, im Wesentlichen aus anderen als den in den Randnrn. 279 und 280 des angefochtenen Urteils angegebenen Gründen zurück. Die Einwände der Unternehmen Bouygues gegen diese Gründe sind, wie ich sogleich darlegen werde, insgesamt zurückzuweisen. Deshalb würde, selbst wenn ich zu dem Ergebnis käme, dass dem Gericht in Randnr. 280 des angefochtenen Urteils ein Rechtsirrtum unterlaufen ist, dieser Irrtum allein für eine Aufhebung des angefochtenen Urteils nicht ausreichen.

49. Ich wende mich somit den Einwänden der Unternehmen Bouygues gegen die Gründe zu, aus denen das Gericht im angefochtenen Urteil unter Berufung auf Vorschriften des französischen Zivil- und Verwaltungsrechts zum einen ausgeschlossen hat, dass die Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 eine rechtliche Verpflichtung des französischen Staates begründet haben (siehe unten unter b), und zum anderen, dass sie selbst bei Fehlen einer rechtlichen Verpflichtung zu einer Bindung staatlicher Mittel führen konnten (siehe unten unter c).

b) Zur angeblichen Verfälschung der der Kommission vorgelegten nationalen Rechtsvorschriften (zweiter Teil des ersten Rechtsmittelgrundes in der Rechtssache C-399/10 P)

50. Die Unternehmen Bouygues tragen vor, das Gericht habe aufgrund einer Verfälschung der ihm vorgelegten innerstaatlichen Rechtsvorschriften entschieden, dass bestimmte Aspekte der Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 gegen die Bejahung einer rechtlichen Verpflichtung des Staates nach dem französischen Zivil- oder Verwaltungsrecht sprächen, nämlich die mangelnde Genauigkeit, Klarheit und Entschiedenheit der zur Lösung der finanziellen Probleme von FT zu ergreifenden Maßnahmen sowie der Umstand, dass die Verpflichtung vom Eintreten finanzieller Schwierigkeiten bei FT abhängig gemacht worden sei und dass diese Erklärungen sich auf die Zukunft bezogen hätten.

51. Wie erinnerlich hat sich der Gerichtshof kürzlich zu den Grenzen geäußert, die seiner Befugnis zur Überprüfung von das interne Recht eines Mitgliedstaats betreffenden Feststellungen des Gerichts im Rechtsmittelverfahren gesetzt sind [28]. Er hat namentlich ausgeführt, dass er, „[w]as die Überprüfung der vom Gericht zu diesen nationalen Rechtsvorschriften getroffenen Feststellungen im Rechtsmittelverfahren anbelangt, … dafür zuständig [ist], zunächst zu prüfen, ob das Gericht auf der Grundlage der ihm vorgelegten Schriftstücke und anderen Aktenstücke nicht den Wortlaut der in Frage stehenden nationalen Vorschriften oder der sich auf sie beziehenden nationalen Rechtsprechung oder auch der sie betreffenden Stellungnahmen der juristischen Literatur verfälscht hat, des Weiteren, ob das Gericht in Anbetracht dieser Angaben nicht Feststellungen getroffen hat, die ihrem Inhalt offensichtlich zuwiderlaufen, und schließlich, ob das Gericht bei seiner Prüfung der Gesamtheit dieser Angaben zur Ermittlung des Inhalts der fraglichen nationalen Rechtsvorschriften nicht einer dieser Angaben eine Tragweite beigemessen hat, die ihr im Verhältnis zu den anderen nicht zukommt, soweit sich dies offensichtlich aus den zu den Akten genommenen Unterlagen ergibt“ [29].

52. Die Unternehmen Bouygues berufen sich für ihren Vorwurf der Verfälschung in erster Linie auf ein Rechtsgutachten, das die Kommission in Auftrag gegeben und ihren dem Gericht übermittelten Schriftsätzen beigefügt hat. Danach begründe eine Verpflichtung zur Erreichung eines klaren und genauen Ergebnisses nach französischem Recht eine Erfolgspflicht, wobei unerheblich sei, dass die Mittel, mit denen dieses Ergebnis erreicht werden solle, nicht genau oder klar angegeben würden.

28 — Urteil des Gerichtshofs vom 5. Juli 2011, Edwin/HABM (C-263/09 P, Slg. 2011, I-5853). In dieser Rechtssache rügte die Klägerin die Verletzung einer nationalen Vorschrift, die durch die in einer Bestimmung des Unionsrechts enthaltene Verweisung auf den Rechtsstreit anwendbar war.

29 — Ebd. (Randnr. 53).

53. Dieses Vorbringen ist entgegen der Auffassung von FT zulässig, denn es fügt sich in den von den Unternehmen Bouygues im ersten Rechtszug vorgebrachten Klagegrund einer falschen Auslegung des französischen Rechts durch die Kommission ein. In der Sache selbst ist dieses Vorbringen, soweit damit eine Verfälschung des genannten Rechtsgutachtens gerügt werden soll, zurückzuweisen, denn die Unternehmen Bouygues haben nicht dargetan, worin diese Verfälschung bestehen soll, die nicht allein daraus hergeleitet werden kann, dass sich das Gericht der in diesem Gutachten vertretenen Rechtsauffassung nicht angeschlossen hat. Soweit sich die Unternehmen Bouygues dagegen auf dieses Rechtsgutachten stützen, um eine unrichtige Auslegung des französischen Rechts zu beanstanden, weise ich zum einen darauf hin, dass sich der Verfasser dieses Gutachtens schon nach dessen Wortlaut darauf beschränkt, die These zu begründen, dass die Erklärungen des französischen Staates vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 nach französischem Handelsrecht *wahrscheinlich* als „Engagement de patronage" („Patronatserklärung") einzustufen seien [30]. Zum anderen ergibt sich, wie das Gericht in Randnr. 283 des angefochtenen Urteils dargelegt hat, aus diesem Gutachten ebenfalls, dass diese These auf der Voraussetzung beruht, dass diese Erklärungen des Staates eine klare und genaue, wenn auch relativ unbestimmte Verpflichtung beinhalten, also einer Voraussetzung, die das Gericht in den Randnrn. 272 bis 278 des angefochtenen Urteils gerade zurückgewiesen hat [31]. Dasselbe gilt für das in dem Gutachten zitierte Urteil der Cour de cassation in der Rechtssache Lordex vom 9. Juli 2002 [32].

54. Zweitens machen die Unternehmen Bouygues geltend, nach den dem Gericht vorgelegten Vorschriften des französischen Verwaltungsrechts seien Erklärungen des Staates zur Unterstützung eines Unternehmens geeignet, den Staat rechtlich zu verpflichten.

55. Sie führen zunächst aus, dass „die Verwaltungsgerichte staatlichen Versprechen bindende Wirkung beimessen", und verweisen namentlich auf ein Urteil des Conseil d'État vom 30. Juni 1922 (Lamiable u. a.), wonach es für das Vorliegen einer staatlichen Verpflichtung ausreiche, dass die Behörden durch ihr Verhalten „die Überzeugung hervorgerufen haben", dass sie in einer bestimmten Art und Weise handeln würden. Dieses Urteil sei für die vorliegende Rechtssache relevant, in der, wie das Gericht selbst eingeräumt habe, die Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 eine Erwartung des Marktes geweckt hätten. Die Unternehmen Bouygues haben dasselbe Argument schon vor dem Gericht vorgebracht, das es in Randnr. 284 des angefochtenen Urteils hauptsächlich deshalb zurückgewiesen hat, weil es voraussetze, dass die fraglichen Erklärungen als hinreichend klar, bestimmt, unbedingt und entschieden anzusehen seien, was das Gericht in den Randnrn. 272 bis 278 des Urteils verneint hat. Aus dem erwähnten Urteil Lamiable u. a. sowie den anderen von den Unternehmen Bouygues herangezogenen und ihren Schriftsätzen beigefügten Urteilen des Conseil d'État [33] geht jedoch hervor, dass das Gericht diese Urteile nicht offensichtlich unrichtig ausgelegt und ihre Bedeutung nicht verfälscht hat, als es die Auffassung vertreten hat, dass sich danach die

30 — Der Verfasser dieses Gutachtens führt in den von den Unternehmen Bouygues herangezogenen Passagen aus: „Es *erscheint möglich*, darzutun, dass die vom Staat zwischen Juli 2002 und Dezember 2002 abgegebenen Erklärungen sehr wohl die Merkmale einer Garantie in Form einer einseitigen Verpflichtung erfüllen, deren Qualifizierung als Patronatserklärung trotz ihres außergewöhnlichen Charakters *wahrscheinlich zutreffend ist*" (Hervorhebung nur hier).

31 — Das Ergebnis, zu dem das Gericht hinsichtlich des vagen, unbestimmten und bedingten Charakters der Erklärungen des Staates zur Unterstützung von FT kommt, gehört zu den Tatsachenwürdigungen, gegen die sich der von den Unternehmen Bouygues erhobene Vorwurf der Verfälschung nicht direkt und ausdrücklich wendet; dieser betrifft vielmehr die Auslegung der einschlägigen Vorschriften des französischen Rechts.

32 — In diesem Urteil verneinte die französische Cour de cassation den Bürgschaftscharakter, bejahte aber das Vorliegen einer rechtlichen Erfolgspflicht bezüglich einer schriftlichen Absichtserklärung einer Muttergesellschaft, in der es hieß: „Wir werden ab heute für den ordnungsgemäßen Ablauf dieser Operation Sorge tragen und … werden Ihnen gegenüber die notwendigen Maßnahmen ergreifen, um diese zu gutem Ende zu bringen."

33 — Außer dem dem Gericht vorgelegten Urteil Lamiable u. a. haben die Unternehmen Bouygues ihrer Rechtsmittelschrift namentlich die Urteile des Conseil d'Ètat vom 3. März 1993, Comité central d'entreprise de la société d'exploitation industrielle des tabacs et alumettes, und vom 26. Oktober 1973, Société civile immobilière „Résidence Arcole", beigefügt. Diese Urteile werden in dem im Anhang zur Klageschrift eingereichten Gutachten von Rechtsanwalt Sureau vom 14. Januar 2004 zitiert und kommentiert.

Verantwortung der Verwaltung aus dem Vorliegen genauer Versicherungen gegenüber den Bürgern ergebe oder aber aus einem Verhalten, das die Absicht der Behörden, in einem bestimmten Sinne tätig zu werden, klar erkennen lasse. Das von den Unternehmen Bouygues auf diese Urteile gestützte Vorbringen greift somit nicht durch.

56. Die Unternehmen Bouygues verweisen sodann auf das Rundschreiben des Wirtschafts-, Finanz- und Industrieministers vom 22. Juli 2003: „Recensement des dispositifs de garantie implicite ou explicite accordée par l'État" (Bestandsaufnahme der stillschweigend oder ausdrücklich vom französischen Staat gewährten Garantien) und auf seine Erläuterungen dazu. Danach könne die staatliche Garantie die Form einer „stillschweigenden Garantie" annehmen, definiert als Verwaltungshandeln, das „finanzielle Folgen für den Staat hervorruft oder mit sich bringt"; sie könne sich insbesondere aus einem „ministeriellen Schreiben oder einer sonstigen Grundlage" ergeben. Selbst ohne gültige Rechtsgrundlage gewährte Garantien könnten „den Begünstigten Rechte verleihen". Dazu hat das Gericht in Randnr. 285 des angefochtenen Urteils ausgeführt, dass sich die Unternehmen Bouygues nicht wirksam auf dieses Rundschreiben und diese Erläuterungen berufen könnten, weil die Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 „nichts enthalten, was für das Vorliegen einer stillschweigenden Garantie des französischen Staates für FT spräche", und hat auf Randnr. 284 seines Urteils verwiesen [34], in der es die Anwendbarkeit der von den Unternehmen Bouygues herangezogenen Verwaltungsrechtsprechung auf den vorliegenden Fall verneint hat. Folglich hätten diese, um der Auffassung des Gerichts, dass das Rundschreiben und die Erläuterungen hier nicht einschlägig seien, entgegenzutreten, die in Randnr. 284 dargelegte Schlussfolgerung in Frage stellen müssen. Dies geht jedoch aus ihren Ausführungen nicht hervor.

57. Die Prüfung des Vorbringens der Unternehmen Bouygues zur Begründung des zweiten Teils ihres ersten Rechtsmittelgrundes gibt für die behauptete Verfälschung der französischen Rechtsvorschriften nichts her. Allgemein steht der Stichhaltigkeit dieses Vorbringens das Ergebnis entgegen, zu dem das Gericht bezüglich des vagen, unbestimmten und bedingten Charakters der Erklärungen des Staates zur Unterstützung von FT gekommen ist. Dieses Ergebnis beruht zum einen auf Tatsachenwürdigungen, deren Verfälschung die Unternehmen Bouygues nicht direkt und ausdrücklich geltend gemacht haben. Zum anderen beabsichtigen sie mit ihren Ausführungen nicht – und gelingt es ihnen jedenfalls nicht –, darzutun, dass die französischen ordentlichen Gerichte oder Verwaltungsgerichte die Natur dieser Erklärungen offensichtlich in tatsächlicher Hinsicht anders bewertet hätten.

58. Aus diesen Gründen ist dieser Teil des ersten Rechtsmittelgrundes der Unternehmen Bouygues zurückzuweisen.

c) Zu dem angeblichen Qualifizierungsirrtum des Gerichts durch seine Weigerung, die wirtschaftlichen Wirkungen der durch die Erklärungen des Staates geweckten Erwartung als Verwendung öffentlicher Mittel anzuerkennen (dritter Teil des ersten Rechtsmittelgrundes in der Rechtssache C-399/10 P).

59. Vor einer Untersuchung des dritten Teils des ersten Rechtsmittelgrundes der Unternehmen Bouygues ist auf die dritte Rüge einzugehen, die diese im Rahmen des ersten Teils dieses Rechtsmittelgrundes erhoben haben: Das Gericht habe zu Unrecht gemeint, dass für die Annahme eines Einsatzes öffentlicher Mittel eine rechtliche Verpflichtung des Staates erforderlich sei. Da die Form des staatlichen Eingreifens nach Auffassung der Unternehmen Bouygues unerheblich ist und es nur auf seine Wirkungen ankommt, genüge für die Annahme einer Verwendung staatlicher Mittel der

34 — In dieser Randnummer hat das Gericht ausgeführt, dass „nicht bewiesen [ist], dass [die Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002] unter Berücksichtigung ihrer Wesensmerkmale eine … rechtsverbindliche und unbedingte Verpflichtung des französischen Staates, FT zu unterstützen, begründen".

Nachweis eines finanziellen oder wirtschaftlichen Risikos, selbst wenn dieses nicht auf einer sich aus dieser Intervention ergebenden rechtlichen Verpflichtung beruhe. Die Französische Republik tritt dem unter Berufung auf das Urteil Österreich/Kommission des Gerichtshofs [35] und das Urteil Fleuren Compost des Gerichts [36] entgegen.

60. In der erstgenannten Rechtssache machte die Kommission geltend, durch eine schon vor ihrer Anmeldung gegebene unbedingte, rechtlich bindende Förderzusage gegenüber dem Beihilfeempfänger, die einer Durchführung des Beihilfevorhabens gleichkomme, habe die Republik Österreich ihr Recht verwirkt, sich auf die Lorenz-Rechtsprechung zu berufen. Eine solche Förderzusage habe nach österreichischem Recht dieselben Wirkungen wie ein eine Beihilfe einführendes Gesetz, da sie die österreichischen Behörden gesetzlich verpflichte, die zugesagte Beihilfe zu gewähren. Der Gerichtshof hat in Beantwortung dieses Vorbringens lediglich darauf hingewiesen, dass die österreichischen Behörden ausdrücklich erklärt hätten, dass die vorherige Genehmigung der Kommission eine Voraussetzung für die Förderung sei und dass die Kommission sonach keine Anhaltspunkte für die Feststellung vorgetragen habe, dass die fragliche Beihilfe schon vor ihrer Anmeldung bedingungslos und somit nach österreichischem Recht rechtlich verbindlich zugesagt worden wäre. In der Rechtssache Fleuren Compost stellte sich dagegen die Frage, zu welchem Zeitpunkt die fragliche Beihilfe gewährt wurde, sei es zur Zeit der Übersendung einer Empfangsbestätigung für den Zuschussantrag der Klägerin, wie diese meinte, oder, wie die Kommission vortrug, zur Zeit des Erlasses des Bewilligungsbescheids nach Prüfung dieses Antrags. Das Gericht hat entschieden, dass als maßgebendes Kriterium auf „die rechtlich verbindliche Entscheidung für die Genehmigung einer Beihilfe durch die zuständigen [nationalen] Instanzen“ abzustellen sei [37].

61. Ich teile die Auffassung der Unternehmen Bouygues, dass den genannten Urteilen nicht die Bedeutung und Tragweite zugesprochen werden kann, die die französische Regierung ihnen beimisst. Ich glaube insbesondere nicht, dass sich aus dem Urteil Österreich/Kommission entnehmen lässt, dass dieses, wie diese Regierung vorträgt, „den allgemeinen Grundsatz aufstellt, dass für das Vorliegen einer Beihilfe eine rechtliche Verpflichtung bestehen muss“. Tatsächlich geht es in diesem Urteil ebenso wie im Urteil Fleuren Compost nicht um den Beihilfebegriff, sondern nur um die Frage, wann eine geplante Beihilfemaßnahme als durchgeführt anzusehen ist, damit entschieden werden kann, welche Vorschriften auf sie anwendbar sind [38]. Zudem war in der Rechtssache Österreich/Kommission die einzige Frage, die von der Kommission aufgeworfen und vom Gerichtshof geprüft wurde, die, ob das Versprechen der österreichischen Behörden, die Beihilfe zu gewähren, nach österreichischem Recht eine rechtliche Verpflichtung des Staates begründete, in diesem Sinne zu handeln. Dagegen hat sich zu keinem Zeitpunkt die Frage gestellt, ob auch ohne Bestehen einer solchen Verpflichtung von einer Bindung staatlicher Mittel gesprochen werden kann. Schließlich war, wie die Unternehmen Bouygues zu Recht bemerkt haben, in beiden Rechtssachen nicht bewiesen und nicht einmal behauptet worden, dass die in Rede stehenden Handlungen (das Beihilfeversprechen in der Rechtssache Österreich/Kommission und die Empfangsbestätigung für den Zuschussantrag in der Rechtssache Fleuren Compost) den zukünftigen Beihilfeempfängern irgendeinen Vorteil verschafft hätten, wie dies im Gegenteil hier bei den Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 der Fall sei.

35 — Urteil des Gerichtshofs vom 15. Februar 2001 (C-99/98, Slg. 2001, I-1101).

36 — Urteil vom 14. Januar 2004 (T-109/01, Slg. 2004, II-127).

37 — Randnr. 74.

38 — Im Urteil Österreich/Kommission stellte sich die Frage, ob die in Rede stehende Maßnahme als eine neue oder als eine bestehende Beihilfe anzusehen war, während es in dem Urteil Fleuren Compost darum ging, ob die streitige Maßnahme unter eine zuvor von der Kommission genehmigte Regelung fiel oder nicht.

62. Nach dieser Klarstellung halte ich es – auch wenn mich die These der französischen Regierung, dass eine rechtlich bindende Zusage des Staates unerlässlich ist, damit eine Maßnahme zur Unterstützung eines Unternehmens als aus öffentlichen Mitteln gewährt angesehen werden kann, nicht vollständig überzeugt [39] – nicht für erforderlich, diese Frage weiter zu untersuchen, da das Gericht ohnehin in Randnr. 288 des angefochtenen Urteils geprüft hat, ob „mit den ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen … eine Übertragung staatlicher Mittel verbunden ist, wenn der Verpflichtung, die sich aus ihnen ergeben soll, nach nationalem Recht *die Rechtsverbindlichkeit fehlt*“ [40]. Genau diese Untersuchung ist Gegenstand des dritten Teils des ersten Rechtsmittelgrundes der Unternehmen Bouygues.

63. Dort tragen die Unternehmen Bouygues im Wesentlichen vor, dass das Gericht zwar zunächst anerkannt habe, dass der französische Staat durch die Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 eine auf seinen Ruf als zahlungsfähiger und zuverlässiger Gläubiger und Schuldner gestützte Strategie befolgt habe, um das Vertrauen der Märkte wiederzugewinnen, dann aber die logische Folge dieser Strategie außer Acht gelassen habe, dass nämlich dieser Staat das Vertrauen der Märkte verloren hätte, wenn er das so von ihm geweckte Vertrauen verloren hätte. Sie weisen darauf hin, dass die Kommission in der streitigen Entscheidung aufgrund eines von ihr in Auftrag gegebenen Wirtschaftsgutachtens eingeräumt habe, dass dieser Ansehensverlust einen sehr bedeutenden Nachteil für den Staat mit sich gebracht hätte. Da es sich um eine komplexe wirtschaftliche Frage handele, habe die Kommission über ein Ermessen verfügt und sei das Gericht nicht befugt, seine eigene Untersuchung an die Stelle der der Kommission zu setzen.

64. Zunächst untersuchte die Kommission in den Erwägungsgründen 214 bis 218 der streitigen Entscheidung, ob die Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 nach innerstaatlichem Recht zwingende Wirkungen entfalteten und die Kreditwürdigkeit des Staates ins Spiel brachten, und kam sodann im 218. Erwägungsgrund zu folgendem Ergebnis: „In ihrer Gesamtheit betrachtet können [die untersuchten] Elemente als tatsächliche Gefährdung staatlicher Mittel aufgefasst werden (entweder, indem sie die Haftung des Staates gegenüber den Investoren begründen oder indem sie die Kosten künftiger Transaktionen des Staates hinauftreiben). Die These, dass die Erklärungen der französischen Regierung ab Juli 2002 Beihilfen darstellen, ist also innovativ, aber wohl nicht völlig unbegründet.“ Gleichwohl glaubte die Kommission, wie sie im 219. Erwägungsgrund ausführte, „nicht, dass sich das Vorliegen von Beihilfen auf dieser Grundlage unwiderlegbar feststellen lässt“. Folglich verzichtete sie, worauf das Gericht in Randnr. 288 des angefochtenen Urteils hingewiesen hat, letztlich darauf, endgültig zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die genannten Erklärungen geeignet waren, zu einem Verlust der Glaubwürdigkeit des Staates auf den Finanzmärkten zu führen, die für ihn ein finanzielles Risiko in Form einer Erhöhung der Kosten seiner künftigen Transaktionen mit sich brachten. Unter diesen Umständen greift das Vorbringen der Unternehmen Bouygues nicht durch, dass das Gericht seine eigene Beurteilung an die Stelle derjenigen der Kommission gesetzt habe, als es in Randnr. 288 des angefochtenen Urteils ausgeführt habe, dass „nicht erwiesen [ist], dass mit den ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen selbst dann eine Übertragung staatlicher Mittel verbunden ist, wenn der Verpflichtung, die sich aus ihnen ergeben soll, nach nationalem Recht die Rechtsverbindlichkeit fehlt“.

65. Außerdem bin ich der Auffassung, dass die Unternehmen Bouygues den Gerichtshof in Wirklichkeit um eine neue Tatsachenwürdigung ersuchen, wenn sie dem Gericht vorwerfen, die Wirkungen der durch die fraglichen Erklärungen auf den Märkten geweckten Erwartung auf die öffentlichen Finanzen nicht berücksichtigt und so die praktische Wirksamkeit des Art. 107 Abs. 1 AEUV verkannt zu haben. Tatsächlich hat das Gericht in Randnr. 288 des angefochtenen Urteils

39 — Tatsächlich könnte man unter Berücksichtigung der oben in Nr. 47 angeführten Rechtsprechung, wonach bei der Einstufung einer Maßnahme als staatliche Beihilfe ihren Wirkungen Rechnung getragen werden muss, geneigt sein, die Voraussetzung der Bindung staatlicher Mittel als erfüllt anzusehen, wenn das Verhalten des Staates geeignet ist, den staatlichen Haushalt dadurch zu belasten, dass es diesen, wenn schon nicht rechtlich, so doch *tatsächlich*, einem hinreichend konkreten finanziellen Risiko aussetzt.

40 — Hervorhebung nur hier.

ausgeführt, es sei „im vorliegenden Fall, selbst wenn der französische Staat durch die Nichteinhaltung eines etwaigen Unterstützungsversprechens zugunsten eines Unternehmens seine Glaubwürdigkeit und seinen Ruf auf den Finanzmärkten gefährden könnte, nicht dargetan, dass die ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen zu einer bestimmten, unbedingten und festen Verpflichtung zugunsten von FT führten, die solche nachteiligen Folgen zeitigen konnte“. Auch „wollten die französischen Stellen mit ihrem Verhalten ab Juli 2002 gerade solche Folgen vermeiden, indem sie die Art, Tragweite und genauen Bedingungen ihrer künftigen Maßnahme im Zweifel ließen“. Im gleichen Sinne bemerkt das Gericht in Randnr. 282 des angefochtenen Urteils, nachdem es eingeräumt hat, dass der französische Staat durch die genannten Erklärungen aktiv versucht habe, die Reaktion der Finanzmärkte zu beeinflussen, um ihr Vertrauen wiederzugewinnen, mit dem Ziel, die Refinanzierung von FT vorzubereiten: „Der bloße Umstand, dass der französische Staat von seinem besonderen Ruf auf den Finanzmärkten Gebrauch machte, reicht nicht aus, um darzutun, dass seine Mittel einem solchen Risiko ausgesetzt waren, dass darin eine Übertragung staatlicher Mittel … liege.“

66. Deshalb ist entgegen den Ausführungen der Unternehmen Bouygues festzustellen, dass das Gericht die Möglichkeit, dass sich eine Bindung öffentlicher Mittel aus den Kosten ergeben könnte, die ein eventueller Verlust der Glaubwürdigkeit des Staates gegenüber den Finanzmärkten mit sich gebracht hätte, sehr wohl berücksichtigt, jedoch im vorliegenden Fall mangels eines Verhaltens des Staates, das geeignet war, diese Glaubwürdigkeit konkret aufs Spiel zu setzen, ausgeschlossen hat. Diese Schlussfolgerung stützt sich, wie gesagt, auf Tatsachenwürdigungen betreffend den Wortlaut und die Natur der fraglichen Erklärungen. Diese aber unterliegen nicht der Nachprüfung durch den Gerichtshof, solange nicht ausdrücklich gerügt wird, dass das Gericht den Inhalt dieser Erklärungen verfälscht habe.

67. Aus den dargelegten Gründen bin ich der Meinung, dass die dritte Rüge im ersten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes der Unternehmen Bouygues sowie der dritte Teil dieses Rechtsmittelgrundes zurückzuweisen sind.

d) Ergebnis hinsichtlich des ersten Rechtsmittelgrundes in der Rechtssache C-399/10 P

68. Aufgrund aller dargelegten Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, den ersten Rechtsmittelgrund in der Rechtssache C-399/10 P, mit dem Irrtümer bei der Qualifizierung der Erklärungen des französischen Staates vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 als Beihilfe gerügt werden, insgesamt zurückzuweisen.

3. Zur Qualifizierung des Aktionärsvorschusses als Beihilfe (zweiter Rechtsmittelgrund in der Rechtssache C-399/10 P und zweiter Rechtsmittelgrund in der Rechtssache C-401/10 P)

69. Die Unternehmen Bouygues und die Kommission wenden sich mit weitgehend übereinstimmenden Argumenten unter verschiedenen Gesichtspunkten gegen die Überlegungen, aufgrund deren das Gericht im angefochtenen Urteil zu dem Ergebnis gekommen ist, dass die Kommission nicht rechtlich hinreichend dargetan habe, dass der FT vom französischen Staat gewährte Aktionärsvorschuss eine Beihilfe darstelle, und aufgrund deren es Art. 1 der streitigen Entscheidung aufgehoben hat. Die verschiedenen Rügen und Argumente, die die Rechtsmittelführerinnen dazu in den beiden Rechtssachen vorgebracht haben, werden im Folgenden zusammen untersucht.

a) Zu dem Irrtum, der dem Gericht angeblich dadurch unterlaufen ist, dass es den Nachweis für einen engen Zusammenhang zwischen dem Vorteil und der Bindung staatlicher Mittel gefordert hat (erster und zweiter Unterteil des ersten Teils des zweiten Rechtsmittelgrundes in der Rechtssache C-399/10 P und erster Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes in der Rechtssache C-410/10 P)

70. Die Unternehmen Bouygues und die Kommission erkennen durchaus an, dass für das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV ein Zusammenhang zwischen Vorteil und Bindung öffentlicher Mittel bestehen muss, bestreiten jedoch die vom Gericht im angefochtenen Urteil vertretene Auffassung, dass zwischen diesen beiden Elementen eine genaue Entsprechung vorliegen müsse. Diese Konzeption, die ihrer Meinung nach ganz neu ist, finde nicht nur keine Stütze in der Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts, sondern stehe vielmehr zu dieser im Widerspruch.

71. Die hier zu prüfende Rüge richtet sich im Wesentlichen gegen die Randnr. 262 des angefochtenen Urteils, in dem das Gericht zunächst darauf hingewiesen hat, dass sich der Vorteil aus einer Übertragung staatlicher Mittel ergeben müsse, und weiter ausgeführt hat: „Dieses Erfordernis des Zusammenhangs zwischen dem festgestellten Vorteil und der Bindung staatlicher Mittel setzt grundsätzlich voraus, dass der Vorteil *eng mit einer entsprechenden*, vom Staatshaushalt zu tragenden *Last … verbunden ist*“ [41]. Zur Begründung beruft sich das Gericht auf Randnr. 21 des genannten Urteils Sloman Neptun, auf Randnr. 27 des Urteils Deutschland/Kommission [42] und auf Randnr. 58 des genannten Urteils PreussenElektra.

72. Zunächst stellt sich die Frage, was das Gericht genau meint, wenn es fordert, dass der Vorteil eng mit „einer entsprechenden … Last“ verbunden sein müsse oder, an anderen Stellen des angefochtenen Urteils, dass er „einer gleichwertigen … Last entspricht“ (Randnr. 297) oder dass ihm „ein entsprechend verringerter Posten im Staatshaushalt … gegenüber[stehen muss]“ (Randnr. 309). Nach der Auffassung von FT sowie der französischen und der deutschen Regierung wiederholt das Gericht hier nur das Erfordernis, dass der Vorteil unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden muss, während die Unternehmen Bouygues und die Kommission vortragen, dass die vom Gericht geforderte Entsprechung über einen bloßen Zusammenhang hinausgehe und bedeute, dass der Vorteil und die eingesetzten Mittel „zusammenfallen“ müssten, und zwar auch was ihren Betrag betreffe.

73. Ich bin nicht davon überzeugt, dass das Gericht tatsächlich den Nachweis einer finanziellen Gleichwertigkeit zwischen Vorteil und Last fordern wollte, glaube aber, dass es sich nicht darauf beschränkt hat, den Nachweis einer einfachen Korrelation zwischen ihnen zu verlangen, wie namentlich FT meint. Tatsächlich impliziert das Erfordernis einer Entsprechung von Vorteil und Last so, wie es im angefochtenen Urteil vom Gericht theoretisch aufgestellt worden ist, einen so engen Zusammenhang, dass einer bestimmten Belastung des Staatshaushalts nur ein zuvor festgelegter Vorteil entsprechen könnte, mit der Folge, dass jeder Zusammenhang ausgeschlossen ist, wenn Vorteil und Last nicht gleichartig sind.

41 — Hervorhebung nur hier.

42 — Urteil vom 19. September 2000 (C-156/98, Slg. 2000, I-6857, Randnr. 27).

74. Zwar verlangt die Rechtsprechung das Bestehen eines Zusammenhangs zwischen dem Vorteil und der Belastung des Staatshaushalts in dem Sinne, dass nur solche Vorteile als Beihilfen im Sinne des Art. 107 AEUV anzusehen sind, die „unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln“ [43] gewährt werden oder „eine zusätzliche Belastung für den Staat“ [44] darstellen. Sie fordert dagegen nicht - wie das Gericht im angefochtenen Urteil - eine genaue Entsprechung zwischen Vorteil und Belastung. Dieses Erfordernis findet namentlich keine Bestätigung in den oben in Nr. 71 angeführten Urteilen, auf die das Gericht in Randnr. 262 des angefochtenen Urteils verweist.

75. Wie ich oben in Nr. 39 ausgeführt habe, stellt das erste dieser Urteile, ergangen in der Rechtssache Sloman Neptun, eine wichtige Etappe der Rechtsprechung des Gerichtshofs dar, da er dort endgültig eine Auslegung des Art. 92 EWG-Vertrag aufgegeben hat, wonach die öffentliche Finanzierung keine zwingende Voraussetzung für die Qualifizierung einer dem Staat zuzurechnenden Maßnahme als Beihilfe war. So hat er in Randnr. 19 dieses Urteils dargelegt, dass „nur solche Vorteile als Beihilfen im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EWG-Vertrag anzusehen [sind], die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden“, während „die aus anderen als staatlichen Mitteln gewährten Vorteile“ nicht in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift fielen. In dieser Rechtssache ging es um nationale Vorschriften zur Regelung der vertraglichen Beziehungen zwischen bestimmten Seeschifffahrtsunternehmen und ihren Arbeitnehmern. In Randnr. 21 des Urteils, auf die in Randnr. 262 des angefochtenen Urteils verwiesen wird, hat der Gerichtshof festgestellt, dass die fragliche Regelung unter Berücksichtigung ihres Zwecks und ihrer allgemeinen Systematik nicht „auf die Schaffung eines Vorteils ab[zielt], der eine zusätzliche Belastung für den Staat … darstellen würde“, und hat erklärt, dass die sich daraus ergebenden Konsequenzen, namentlich die Einbuße an Steuererträgen, „einer solchen Regelung immanent [sind] und … kein Mittel dar[stellen], um den betroffenen Unternehmen einen bestimmten Vorteil zu gewähren“. Die Auffassung des Gerichts, dass eine genaue Entsprechung zwischen dem Vorteil und den eingesetzten Mitteln in dem in Nr. 72 erläuterten Sinne bestehen müsse, findet keine Stütze in den soeben wiedergegebenen Passagen, in denen der Gerichtshof im Wesentlichen nur bestätigt, dass Vorteile wie der, der den Schifffahrtsunternehmen aufgrund der fraglichen Regelung zugutekam, nicht nur deshalb als aus öffentlichen Mitteln finanziert angesehen werden könnten, weil sie zu einer Einbuße an Steuererträgen führten, die sich indirekt aus der Entscheidung des Staates ergebe, einen bestimmten Sektor auf eine bestimmte Weise zu regeln.

76. In Randnr. 58 des ebenfalls vom Gericht in Randnr. 262 und sodann in Randnr. 308 des angefochtenen Urteils angeführten Urteils PreussenElektra wird der Inhalt von Randnr. 19 des Urteils Sloman Neptun wiedergegeben und daran erinnert, dass der Vorteil „unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln“ gewährt werden müsse. In diesem Urteil war dem Gerichtshof eine Frage betreffend die Regelung eines Mitgliedstaats zur Vorabentscheidung vorgelegt worden, durch die private Elektrizitätsversorgungsunternehmen verpflichtet wurden, aus erneuerbaren Energiequellen erzeugten Strom zu Mindestpreisen abzunehmen, die über dem tatsächlichen wirtschaftlichen Wert dieses Stroms lagen. Der Gerichtshof hat verneint, dass die bloße Verringerung der Steuereinnahmen, die eine solche Verpflichtung mit sich bringen könnte, „als Mittel angesehen werden [kann], den Erzeugern von Strom aus erneuerbaren Energiequellen auf Kosten des Staates einen bestimmten

43 — Vgl. u. a. außer den Urteilen Sloman Neptun, PreussenElektra und Deutschland/Kommission die vorgenannten Urteile Kirsammer-Hack, Viscido und Ecotrade sowie das Urteil vom 5. März 2009, UTECA (C-222/07, Slg. 2009, I-1407), in dem der Beihilfecharakter einer allgemeinen Regelung verneint wurde, mit der die Fernsehveranstalter verpflichtet wurden, einen Teil ihrer Betriebseinnahmen auf die Vorfinanzierung von Spiel- und Fernsehfilmen zu verwenden, und vom 8. September 2011, Kommission/Niederlande (C-279/08 P, Slg. 2011, I-7671, Randnr. 103).

44 — Vgl. Urteile Piaggio (oben in Fn. 11 angeführt, Randnrn. 34 und 35), und vom 15. Juli 2004, Spanien/Kommission (C-501/00, Slg. 2004, I-6717, Randnrn. 91 und 92).

Vorteil zu gewähren“ [45]. Wie im Urteil Sloman Neptun ist der Gerichtshof zu diesem Ergebnis aufgrund der Erwägung gekommen, dass die Verringerung der Steuereinnahmen dieser Regelung „immanent“ sei. Somit traf die finanzielle Belastung, die sich aus der in der Regelung vorgesehenen Verpflichtung zum Kauf zu Mindestpreisen ergab, voll private Unternehmen [46].

77. Im Urteil Deutschland/Kommission schließlich hat der Gerichtshof keineswegs eine genaue Entsprechung zwischen Vorteil und Belastung des öffentlichen Haushalts gefordert, sondern eine Beihilfe in einer Situation bejaht, die gekennzeichnet war durch ein Auseinanderfallen der Adressaten der den Staatshaushalt belastenden Maßnahme – hier einer Steuervergünstigung, die Investoren unter bestimmten Voraussetzungen gewährt wurde – und der von der Beihilfe Begünstigten, die aufgrund der durch diese Steuervergünstigung geförderten Investitionen einen mittelbaren Vorteil erlangten. Der Gerichtshof hat sich dafür auf eine Untersuchung der Wirkungen der fraglichen Regelung gestützt und festgestellt, dass der den von dieser Regelung betroffenen Unternehmen mittelbar gewährte Vorteil „im Verzicht des Mitgliedstaats auf die Steuereinnahmen, die er normalerweise erzielt hätte, besteht, da durch diesen Verzicht die Investoren die Möglichkeit erhalten haben, Beteiligungen an diesen Unternehmen zu steuerlich günstigeren Bedingungen zu erwerben“, und dass „das Hinzutreten einer autonomen Entscheidung der Investoren den Zusammenhang zwischen der Steuervergünstigung und dem den betreffenden Unternehmen gewährten Vorteil nicht entfallen lässt, weil nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Änderung der Marktbedingungen, die diesen Vorteil bewirkt, daraus folgt, dass dem Staat Steuereinnahmen entgehen“ [47]. Anders als in den bisher untersuchten Urteilen sieht der Gerichtshof hier die Verringerung der Steuereinnahmen als Ursache für den Vorteil an, der den von der Regelung betroffenen Unternehmen indirekt gewährt wurde, obwohl diese durch eine Steuervergünstigung bewirkt wurde, die nicht diesen Unternehmen, sondern Dritten gewährt wurde. Daraus ergibt sich meines Erachtens eine weite Auslegung des Zusammenhangs zwischen Vorteil und Last, bei der die konkreten Wirkungen der staatlichen Intervention berücksichtigt werden; diese vermag die enge Auslegung des Gerichts im angefochtenen Urteil nicht zu stützen.

78. Die vom Gericht in Randnr. 262 des angefochtenen Urteils angestellten Erwägungen finden nicht nur keine Stütze in der Rechtsprechung, sondern sind meines Erachtens auch durch einen übertriebenen Formalismus gekennzeichnet, der sich schlecht mit der Anwendung des Beihilfebegriffs unter Berücksichtigung der Wirkungen der fraglichen Maßnahme vereinbaren lässt. Auch würde ihre Anwendung den Nachweis des Vorliegens einer staatlichen Beihilfe möglicherweise stark erschweren, namentlich wenn es um staatliche Eingriffe geht, die in bisweilen äußerst komplexen Operationen bestehen und wie im vorliegenden Fall mehrere zusammengesetzte, sich über einen gewissen Zeitraum erstreckende Maßnahmen umfassen. Schließlich ist es, wie die Kommission zu Recht ausgeführt hat, schwierig, bestimmte Arten von Beihilfen in das vom Gericht aufgestellte starre Schema zu pressen. Dies gilt etwa für die indirekten Beihilfen oder die in Art. 107 Abs. 2 Buchst. a AEUV vorgesehenen Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, bei denen den gebundenen staatlichen Mitteln nicht automatisch ein entsprechender Vorteil für die Begünstigten gegenübersteht.

79. Aus den genannten Gründen bin ich der Auffassung, dass dem Gericht ein Rechtsirrtum unterlaufen ist, als es im angefochtenen Urteil den Nachweis eines engen Zusammenhangs zwischen dem Vorteil und der Belastung des Staatshaushalts gefordert hat.

45 — Randnr. 62.

46 — Ferner ist darauf hinzuweisen, dass sowohl das Urteil Sloman Neptun als auch das Urteil PreussenElektra allgemeine innerstaatliche Rechtsvorschriften betrafen, die einen bestimmten Wirtschaftszweig regelten und im ersten Fall die Wettbewerbsfähigkeit dieses Sektors sicherstellen und im zweiten Fall Umweltschutzziele erreichen wollten. Die Art der öffentlichen Intervention war somit sehr verschieden von der, um die es in der vorliegenden Rechtssache geht.

47 — Vgl. in diesem Sinne auch Urteile des Gerichts vom 18. Januar 2005, Confédération nationale du Crédit mutuel/Kommission (T-93/02, Slg. 2005, II-143), und vom 4. März 2009, Associazione italiana del risparmio gestito und Fineco Asset Management/Kommission (T-445/05, Slg. 2009, II-289).

80. Wie ich im Folgenden aufzeigen werde, hat dieser Irrtum die Antwort des Gerichts auf die Frage der Qualifizierung des Aktionärsvorschusses als Beihilfe insgesamt beeinträchtigt.

b) Zu dem angeblichen Irrtum des Gerichts durch die Verneinung eines Kausalzusammenhangs zwischen dem sich aus den ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen ergebenden Vorteil und der Ankündigung vom 4. Dezember 2002 einerseits und der Bindung staatlicher Mittel durch die Ankündigung einer Aktionärsvorschussvereinbarung vom 20. Dezember 2002 andererseits (dritter Unterteil des ersten Teils des zweiten Rechtsmittelgrundes in der Rechtssache C-399/10 P und erster und zweiter Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes in der Rechtssache C-401/10 P)

81. Nach den Ausführungen der Unternehmen Bouygues und der Kommission hat die Auslegung, die das Gericht hinsichtlich der Natur des notwendigen Zusammenhangs zwischen dem Vorteil und der Verwendung staatlicher Mittel vorgenommen hat, dieses dazu veranlasst, die Interventionen des französischen Staates zugunsten von FT einzeln zu prüfen, so dass es der verzerrenden Wirkung der verschiedenen ergriffenen Maßnahmen zusammengenommen nicht Rechnung getragen habe. Aufgrund dieses unrichtigen Ansatzes habe das Gericht zu Unrecht einen Zusammenhang zwischen dem Vorteil in Form einer beruhigenden Wirkung der Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 sowie der Ankündigung vom 4. Dezember 2002 auf den Markt und der Bindung staatlicher Mittel durch die Bereitstellung des Aktionärsvorschusses verneint.

82. Wie erinnerlich ist das Gericht in den Randnrn. 262 ff. des angefochtenen Urteils auf die Frage eingegangen, ob sich die zuvor festgestellten, aus den Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 und der Ankündigung vom 4. Dezember 2002 für FT resultierenden Vorteile tatsächlich aus einer Übertragung staatlicher Mittel ergeben. Diese Prüfung ist getrennt und nacheinander vorgenommen worden für a) die Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 (Randnrn. 268 bis 289) [48], b) die Ankündigung vom 4. Dezember 2002 (Randnrn. 291 bis 298) und c) das Angebot einer Aktionärsvorschussvereinbarung vom 20. Dezember 2002 (Randnrn. 299 bis 331). In allen drei Fällen kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass keine Übertragung staatlicher Mittel vorliege.

83. In Bezug auf die Ankündigung vom 4. Dezember 2002 stellt das Gericht von vornherein fest, dass weder die Kommission noch die Unternehmen Bouygues dargetan hätten, dass diese nach französischem Zivil- oder Verwaltungsrecht eine Übertragung staatlicher Mittel bedeutet habe (Randnrn. 293 bis 295). Da sich die von der Kommission in der streitigen Entscheidung bejahte Bindung öffentlicher Mittel, wie das Gericht selbst in Randnr. 302 des angefochtenen Urteils anerkennt, aus *der Übermittlung der Vereinbarung über den Aktionärsvorschuss in Verbindung mit der Ankündigung vom 4. Dezember2002* und nicht aus dieser Übermittlung allein ergibt, erscheint diese Feststellung jedoch nicht stichhaltig und ist jedenfalls für die Schlussfolgerung, dass die Kommission das Vorliegen einer Bindung staatlicher Mittel nicht nachgewiesen habe, nicht entscheidend [49].

84. Weiter führt das Gericht in Randnr. 296 des angefochtenen Urteils aus: „Jedenfalls *könnte eine Übertragung staatlicher Mittel aufgrund der Ankündigung* vom 4. Dezember 2002 *nur einem Vorteil entsprechen,*der in der in dieser Ankündigung ausdrücklich genannten Bereitstellung der Kreditlinie von 9 Mrd. Euro liegt“, und fährt fort, dass sich dieser Vorteil, den die Kommission in der streitigen

48 — Vgl. oben, Nrn. 44 bis 78.

49 — Im zweiten Teil ihres zweiten Rechtsmittelgrundes macht die Kommission geltend, sie habe entgegen den Ausführungen in Randnr. 293 des angefochtenen Urteils Tatsachen vorgetragen, die die Annahme stützten, dass die Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 zusammengenommen eine Bindung öffentlicher Mittel darstellten. Auch habe das Gericht selbst in den Randnrn. 303 bis 305 des angefochtenen Urteils dargelegt, dass eine solche Bindung schon in der Ankündigung vom 4. Dezember 2002 enthalten gewesen sei. Dem kann ich nicht beipflichten. Hinsichtlich des ersten Arguments geht aus dem 219. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung hervor, dass die Kommission letztlich nicht endgültig zu der Frage Stellung genommen hat, ob die ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen insgesamt eine Bindung staatlicher Mittel bewirkten. Hinsichtlich des zweiten Arguments ergibt sich eindeutig aus Randnr. 293 des angefochtenen Urteils, dass das Gericht die Frage, ob die Ankündigung vom 4. Dezember 2002 nach französischem Recht für den Staat eine rechtliche Verpflichtung mit sich brachte, nicht behandelt hat.

Entscheidung nicht hinreichend beschrieben habe, „*von dem [unterscheidet], der sich*, wie in der angefochtenen Entscheidung festgestellt, *aus den ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen ergibt*“ [50]. In dieser Passage schließt das Gericht also von vornherein aus, dass ein für das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe ausreichender Zusammenhang bestehen könnte zwischen *dem Vorteil in Form einer beruhigenden Wirkung* der Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 und der Ankündigung vom 4. Dezember 2002 auf den Markt einerseits [51] und einer *sich aus dieser Ankündigung ergebenden Bindung staatlicher Mittel* – unterstellt, die Kommission weist diesen nach – andererseits.

85. Aus der Formulierung des Gerichts ergibt sich, dass dieses Ergebnis *ausschließlich* auf die Feststellung gestützt wird, dass keine *Entsprechung* oder *Gleichwertigkeit* zwischen dem sich aus der beruhigenden Wirkung und der eventuellen rechtlichen Verpflichtung des Staates zur Gewährung des in der Ankündigung vom 4. Dezember 2002 bezeichneten Aktionärsvorschusses bestehe. Das Gericht geht hier von der oben in den Nrn. 70 bis 78 erörterten und zurückgewiesenen Annahme aus, dass für das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe der festgestellte Vorteil eng mit einer „*entsprechenden*“ oder „*gleichwertigen*“ Belastung des Staatshaushalts verbunden sein müsse. Die Anwendung dieser Idee des Zusammenhangs zwischen Vorteil und Bindung staatlicher Mittel hat das Gericht veranlasst, einen solchen Zusammenhang in der vorliegenden Rechtssache zu verneinen, da der Vorteil (beruhigende Wirkung der bloßen Ankündigung der Bereitstellung einer Kreditlinie zugunsten von FT auf die Finanzmärkte) und die Belastung (rechtliche Verpflichtung zur Bereitstellung der geplanten Kreditlinie) nicht gleichartig seien.

86. Folglich hätte nach Auffassung des Gerichts das Vorliegen einer Beihilfe in Form des Vorteils, der sich aus der Verbesserung der Bedingungen für die Refinanzierung von FT dank der positiven Reaktion der Finanzmärkte auf die Ankündigung vom 4. Dezember 2002 ergibt, auch dann nicht festgestellt werden können, wenn die Kommission nachgewiesen hätte, dass diese Ankündigung dadurch, dass sie eine rechtliche Verpflichtung des Staates begründete, *als solche* eine Übertragung staatlicher Mittel bewirkte, d. h., selbst wenn Vorteil und Belastung für den Haushalt auf *ein und demselben Rechtsakt* (der Ankündigung vom 4. Dezember 2002) beruht hätten. Dieses Ergebnis wäre umso schwerer verständlich gewesen, als das Gericht selbst anerkannt hat, dass die Ankündigung FT einen unbestreitbaren Vorteil verschaffte und dass dieser Vorteil genau der war, den der französische Staat anstrebte und dem alle nacheinander von Juli bis Dezember 2002 ergriffenen Maßnahmen letztlich im Rahmen ein und derselben Strategie zur Unterstützung von FT vorausgingen.

87. Aufgrund dieser Überlegungen bin ich der Meinung, dass das Gericht in den Randnrn. 296 und 297 des angefochtenen Urteils aufgrund einer falschen Auslegung der Bedeutung des erforderlichen Zusammenhangs zwischen Vorteil und Bindung öffentlicher Mittel zu der Auffassung gekommen ist, dass zwischen dem in der beruhigenden Wirkung der Ankündigung vom 4. Dezember 2002 auf die Finanzmärkte bestehenden Vorteil einerseits und einer mit dieser Ankündigung zusammenhängenden eventuellen Übertragung staatlicher Mittel andererseits kein solcher Zusammenhang habe nachgewiesen werden können. Die Feststellung dieses Irrtums allein rechtfertigt jedoch nicht die Aufhebung des angefochtenen Urteils, denn im Rahmen der Überlegungen des Gerichts ist der in den Randnrn. 296 und 297 enthaltene Teil der Urteilsbegründung entbehrlich.

88. Nach dieser Klarstellung weise ich darauf hin, dass dieselbe falsche Auslegung auch die nachfolgende Untersuchung des Gerichts beeinträchtigt.

89. Dies gilt namentlich für Randnr. 299 des angefochtenen Urteils, wo das Gericht hinsichtlich der Frage, ob die Übermittlung des Angebots einer Aktionärsvorschussvereinbarung vom 20. Dezember 2002 eine Übertragung staatlicher Mittel bedeutete, ausgeführt hat, dass „die Kommission in der [streitigen] Entscheidung nicht hinlänglich nachgewiesen [hat], dass sich aus dem Vertragsangebot als

50 — Hervorhebung nur hier.

51 — Es ist davon auszugehen, dass sich der Hinweis des Gerichts auf „die ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen“ in den genannten Randnrn. 296 und 297 auch auf die Ankündigung vom 4. Dezember 2002 bezieht.

solchem ein Vorteil ergibt …, so dass es erst recht für das Gericht nicht möglich ist, eine mit diesem Vorteil etwa verbundene Übertragung staatlicher Mittel festzustellen“. Wenn sich diese Schlussfolgerung nach der Auffassung des Gerichts folgerichtig aus den in den Randnrn. 246 bis 267 des angefochtenen Urteils enthaltenen Feststellungen ergibt[52], rechtfertigt sich dagegen seine Entscheidung, in diesem Stadium eine eventuelle Bindung staatlicher Mittel durch die Übermittlung dieses Angebots nicht - wie die Kommission dies in der streitigen Entscheidung getan hat - mit der beruhigenden Wirkung der Ankündigung vom 4. Dezember 2002 auf die Finanzmärkte in Verbindung zu bringen, allein aus der oben in den Nrn. 70 bis 78 untersuchten und zurückgewiesenen engen Auslegung des Zusammenhangs zwischen Vorteil und Bindung staatlicher Mittel.

90. Diese Auslegung spiegelt sich auch in der in den Randnrn. 302 ff. des angefochtenen Urteils vorgenommenen Untersuchung wider. Dort hat sich das Gericht die Frage gestellt, ob es der Kommission auf der Grundlage ihres „umfassenden Ansatzes“ gelungen war, eine Übertragung staatlicher Mittel nachzuweisen, und zum einen geprüft, „ob die potenzielle Belastung für den Staatshaushalt, die nach Ansicht der Kommission mit der Ankündigung des geplanten Aktionärsvorschusses und der Übermittlung der Vereinbarung über den Aktionärsvorschuss verbunden ist, bereits mit den ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen impliziert war, und zum anderen, ob diese Belastung dem von der Kommission diesen Erklärungen zugeschriebenen Vorteil entsprach“. Im Rahmen dieser Prüfung hat das Gericht in den Randnrn. 303 bis 305 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass die Ankündigung vom 4. Dezember 2002 aufgrund des offenen, unbestimmten und bedingten Charakters der Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 einen „erheblichen Bruch in der Abfolge der Vorgänge“, die zur Refinanzierung von FT geführt hätten, dargestellt habe. Es hat daraus in Randnr. 308 hergeleitet, dass die Kommission angesichts dieses Bruchs nicht befugt gewesen sei, „zwischen einer etwaigen Bindung staatlicher Mittel zum damaligen Zeitpunkt und aus früheren Maßnahmen, nämlich den ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen, erwachsenden Vorteilen eine Verbindung herzustellen …“, denn „[e]ine solche … Verbindung zwischen den Tatbestandsmerkmalen des Beihilfebegriffs, wenn es sich um unterschiedliche Tatsachen, die in unterschiedlichen Phasen eingetreten sind, handelt, würde gegen das Erfordernis des Zusammenhangs zwischen dem Vorteil und der Bindung staatlicher Mittel verstoßen …, wie es durch das Urteil PreussenElektra … anerkannt wurde“. In der nächsten Randnummer führt das Gericht unter Hinweis auf die Randnrn. 296 und 297 des angefochtenen Urteils aus: „[D]em Umstand, dass die ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen sowie die Ankündigung vom 4. Dezember 2002 FT begünstigten, … [steht] *kein entsprechend verringerter Posten im Staatshaushalt* … gegenüber.“

91. In Bezug auf die Konsequenzen, die das Gericht aus der Feststellung eines Bruchs zwischen den Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 und der Ankündigung vom 4. Dezember 2002 zieht, weise ich darauf hin, dass sich der in der streitigen Entscheidung festgestellte Vorteil in Form einer beruhigenden Wirkung auf die Finanzmärkte, wie das Gericht selbst u. a. in Randnr. 243 des angefochtenen Urteils einräumt, nicht nur aus den genannten Erklärungen, *sondern auch* aus der Ankündigung vom 4. Dezember 2002 ergibt und somit auch nach dem genannten Bruch Wirkungen zeitigt. Der von der Kommission festgestellte Zusammenhang zwischen diesem Vorteil und der Bindung staatlicher Mittel im Stadium der Übermittlung des Angebots einer Aktionärsvorschussvereinbarung vom 20. Dezember 2002 kann also nicht allein durch die Feststellung dieses Bruchs ausgeschlossen werden.

52 — Wie erinnerlich hat das Gericht in Randnr. 246 des angefochtenen Urteils ausgeschlossen, dass die Übermittlung der Vereinbarung über den Aktionärsvorschuss – die nicht veröffentlicht worden war – als solche eine ähnliche beruhigende Wirkung auf den Markt habe haben können wie die Ankündigung vom 4. Dezember 2002, und in den Randnrn. 264 bis 267 festgestellt, dass die Kommission nicht dargelegt habe, dass mit dieser Übermittlung ein Vorteil verbunden gewesen sei, der sich von dem aus den ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen und der Ankündigung ergebenden Vorteil unterscheide.

92. Vielmehr ergibt sich aus den oben in Nr. 90 wiedergegebenen Passagen eindeutig Folgendes: Auch im Rahmen der Untersuchung aller Maßnahmen, die zur Refinanzierung von FT geführt haben, fühlte sich das Gericht konkret gehindert, den von der Kommission festgestellten Zusammenhang zwischen der beruhigenden Wirkung der Ankündigung der Bereitstellung eines Aktionärsvorschusses in einer bestimmten Höhe zugunsten von FT und dem „gegenüber dem Markt erweckten Eindruck, dass der Vorschuss tatsächlich gewährt wurde“ [53], einerseits und der mit der Durchführung dieser Maßnahme verbundenen Übertragung staatlicher Mittel [54] andererseits anzuerkennen. Dies beruht auf der Vorstellung, dass dieser Zusammenhang eine genaue Entsprechung zwischen dem Vorteil und der Belastung des Staatshaushalts voraussetze, die nicht gegeben sei bei einer Belastung (hier der Übermittlung des Angebots einer Aktionärsvorschussvereinbarung vom 20. Dezember 2002), die für den Begünstigten nicht zu einem gleichartigen Vermögensvorteil führe (nämlich im vorliegenden Fall der Möglichkeit, jederzeit die Zahlung dieses Betrags verlangen zu können).

93. Aus allen diesen Erwägungen folgt, dass das Gericht aufgrund einer falschen Auslegung der Bedeutung des Zusammenhangs zwischen Vorteil und Bindung staatlicher Mittel ausgeschlossen hat, dass die Kommission in der vorliegenden Rechtssache eine Übertragung staatlicher Mittel nachgewiesen hat.

94. Es bleibt zu prüfen, ob die Kommission in der streitigen Entscheidung ordnungsgemäß nachweisen konnte, dass zwischen dem Vorteil in Form einer beruhigenden Wirkung auf die Finanzmärkte u. a. durch die Ankündigung vom 4. Dezember 2002 und der angeblichen Bindung staatlicher Mittel durch die Übermittlung des Angebots einer Aktionärsvorschussvereinbarung vom 20. Dezember 2002 ein Zusammenhang bestand [55].

95. Es handelt sich hier um eng zusammenhängende Maßnahmen, nämlich die Ankündigung, dass eine bestimmte staatliche Intervention in Vorbereitung ist, und ihre Durchführung (durch die Übermittlung des unterzeichneten und paraphierten Vertrags) [56], zwischen denen im Übrigen nur ein Zeitraum von ungefähr zwei Wochen lag. Dass sich der Vorteil für den Begünstigten aus der ersten Maßnahme ergibt, während die Bindung öffentlicher Mittel mit der zweiten Maßnahme zusammenhängt, schließt meines Erachtens einen die Beihilfe kennzeichnenden Zusammenhang zwischen ihnen nicht aus. Es wäre übertrieben formalistisch, diesen Zusammenhang nur deshalb zu verneinen, weil sich der Vorteil nicht unmittelbar aus der Maßnahme ergibt, die möglicherweise eine Übertragung staatlicher Mittel darstellt, sondern vielmehr aus der Bekanntgabe der bevorstehenden Durchführung dieser Maßnahme durch den Staat. Allgemeiner scheint mir, dass eine Verneinung dieses Zusammenhangs eine Verkennung der wirtschaftlichen Realität der Intervention des französischen Staates im Rahmen der Refinanzierung von FT darstellt, denn zum einen konnte sich FT bekanntlich nur dank der wiederholten Unterstützungserklärungen des Staates zu ihren Gunsten [57], namentlich der Ankündigung vom 4. Dezember 2002, auf den Märkten refinanzieren, und zum anderen waren die verschiedenen vom Staat ergriffenen Maßnahmen einschließlich der Übermittlung des Angebots einer Aktionärsvorschussvereinbarung vom 20. Dezember 2002 durch ERAP – die allein

53 — Vgl. den 194. Erwägungsgrund sowie Fn. 116 der streitigen Entscheidung.

54 — Genau heißt es im 196. Erwägungsgrund der streitigen Entscheidung, dass „durch die Ankündigung der Gewährung eines Aktionärsvorschusses in Verbindung mit der Schaffung der Voraussetzungen für die Vorschussgewährung, durch den gegenüber dem Markt erweckten Eindruck, dass der Vorschuss tatsächlich gewährt wurde, und schließlich durch die Übersendung der von ERAP paraphierten und unterzeichneten Vorschussvereinbarung an FT eine potenzielle zusätzliche Belastung … entstanden ist“.

55 — Ebenso wie das Gericht nehme ich nicht zu der Frage Stellung, ob, wie die Kommission im 196. Erwägungsgrund der streitigen Entscheidung ausführte, die Übermittlung des Angebots eines Aktionärsvorschusses als solche eine Bindung staatlicher Mittel in Form einer potenziellen Belastung des öffentlichen Haushalts impliziert, da der Staat „Mittel in entsprechender Höhe für FT über ERAP bereithalten [musste]“, unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen, denen die fragliche Vereinbarung unterlag, und von dem Umstand, dass sie nie durchgeführt wurde. Ich weise allerdings darauf hin, dass im Gegensatz zur deutschen Regierung weder die französische Regierung noch FT bestritten haben, dass in diesem Stadium eine Bindung staatlicher Mittel vorlag.

56 — Die Kommission spricht insoweit in ihrer Rechtsmittelschrift von „zwei Erscheinungsformen derselben Handlung, die darüber hinaus von den Märkten als ein und dieselbe empfunden wurde“.

57 — Obwohl diese Erklärungen auf die subjektiven Reaktionen der Akteure der Finanzmärkte setzten, verschafften sie FT doch einen materiellen Vorteil.

geeignet war, zu einer Bindung öffentlicher Mittel zu führen – Teil ein und derselben Strategie des Staates zur Unterstützung von FT, „die in ihrer Gesamtheit zum Ziel hatte und dazu führte, das Vertrauen der Finanzmärkte zurückzugewinnen“ [58], um die Refinanzierung von FT unter günstigeren Bedingungen zu ermöglichen.

96. Aus allen diesen Gründen bin ich der Auffassung, dass dem Gericht ein Rechtsirrtum unterlaufen ist, als es es aufgrund einer falschen Auslegung des Art. 87 Abs. 1 EG abgelehnt hat, einen Zusammenhang zwischen den ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen sowie der Ankündigung vom 4. Dezember 2002 einerseits und der potenziellen Bindung staatlicher Mittel durch die Übermittlung des Angebots einer Aktionärsvorschussvereinbarung vom 20. Dezember 2002 andererseits anzuerkennen. Dieser Irrtum führt zur Nichtigkeit des angefochtenen Urteils [59].

97. Für den Fall, dass der Gerichtshof meine Auffassung nicht teilt, werden die übrigen Klagegründe und Argumente der Unternehmen Bouygues und der Kommission im Folgenden kurz geprüft.

c) Zu den Irrtümern, die dem Gericht angeblich im Hinblick auf den Begriff des sich aus der Bereitstellung einer Kreditlinie ergebenden Vorteils unterlaufen sind (zweiter Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes in der Rechtssache C-401/10 P)

98. Die Unternehmen Bouygues machen im zweiten Teil ihres zweiten Rechtsmittelgrundes geltend, das Gericht habe bei seiner Prüfung des Vorliegens eines Vorteils zu Unrecht die Ankündigung vom 4. Dezember 2002 und die Übermittlung des Angebots einer Aktionärsvorschussvereinbarung vom 20. Dezember 2002 getrennt untersucht, obwohl es sich doch um Teile ein und derselben Intervention des Staates handele und diese nicht getrennt untersucht werden könnten.

99. Soweit mit dieser Rüge die vom Gericht vorgenommene Beurteilung des Vorliegens eines mit der Übermittlung des Angebots einer Aktionärsvorschussvereinbarung vom 20. Dezember 2002 zusammenhängenden Vorteils in Frage gestellt wird, ist sie meines Erachtens unzulässig. Soweit sie sich jedoch gegen die Schlussfolgerung des Gerichts richtet, dass zwischen „der beruhigenden Wirkung der Bekanntgabe der Bereitstellung einer Kreditlinie von 9 Mrd. Euro und der sich aus dieser Bereitstellung ergebenden Übertragung staatlicher Mittel“ kein hinreichend enger Zusammenhang bestehe, überschneidet sie sich mit der Rüge, die im dritten Unterteil des ersten Teils des zweiten Rechtsmittelgrundes erhoben und oben zusammen mit ähnlichen Rügen der Kommission untersucht wurde.

d) Zu dem angeblichen Irrtum des Gerichts dadurch, dass es für die Feststellung, ob ein Vorteil für FT gegeben war, nicht das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers herangezogen hat (dritter Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes in der Rechtssache C-401/10 P)

100. Die Kommission macht mit dem dritten Teil ihres zweiten Rechtsmittelgrundes im Wesentlichen geltend, dass das Gericht hätte prüfen müssen – wie sie es in der streitigen Entscheidung getan habe –, ob der FT gewährte Vorteil, der sich aus allen seit Juli 2002 abgegebenen Erklärungen und aus der Ankündigung vom 4. Dezember 2002 ergeben habe, „unter normalen Marktbedingungen gewährt wurde oder ob ein privater Wirtschaftsteilnehmer denselben Vorteil zu denselben Bedingungen hätte erhalten können, wenn sich der Staat wie ein privater Geldgeber verhalten hätte“. Dadurch, dass das Gericht diese Untersuchung nicht vorgenommen habe, habe es Art. 87 Abs. 1 EG verletzt.

58 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 303.

59 — Bei diesem Ergebnis und allen dargelegten Erwägungen bleibt natürlich die Frage offen, ob die Intervention des französischen Staates das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers erfüllt.

101. Diese Rüge ist meines Erachtens zurückzuweisen, da sie neben der Sache liegt. Aus den Gründen des angefochtenen Urteils geht nämlich klar hervor, dass das Gericht zu dem Ergebnis gekommen ist, dass die Kommission den Begriff der Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG falsch ausgelegt habe, als sie zwar rechtlich hinreichend das Vorliegen eines sich für FT aus den seit Juli 2002 abgegebenen Erklärungen und der Ankündigung vom 4. Dezember 2002 ergebenden Vorteils nachgewiesen habe, jedoch den Beweis dafür schuldig geblieben sei, dass dieser Vorteil aus einer Übertragung staatlicher Mittel resultiert habe. Die Kommission hat allerdings nicht erklärt, wie eine Prüfung der Rechtmäßigkeit der von ihr bei der Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers befolgten Methode das Gericht hätte veranlassen können, diese Schlussfolgerung, auf der die Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung beruht, zu ändern.

e) Zu der angeblichen Verletzung des Art. 87 EG in Verbindung mit Art. 230 EG dadurch, dass das Gericht das Ermessen verkannt habe, über das die Kommission bei komplexen wirtschaftlichen Untersuchungen verfügt (vierter Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes in der Rechtssache C-401/10 P)

102. Im vierten Teil ihres zweiten Rechtsmittelgrundes wirft die Kommission dem Gericht zunächst vor, das Ermessen verkannt zu haben, über das sie verfügt habe, als sie in der streitigen Entscheidung bei der Anwendung des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers komplexe wirtschaftliche Beurteilungen vorgenommen habe. Auch diese Rüge ist zurückzuweisen, denn die Kommission hat nicht erklärt, wie das Gericht das Ermessen, das sie bei der Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers ausgeübt hat, verkennen konnte, während es den Teil der streitigen Entscheidung, in dem dieses Kriterium angewandt wurde, gar nicht auf seine Rechtmäßigkeit hin geprüft hat.

103. In demselben Teil dieses Rechtsmittelgrundes beanstandet die Kommission ferner, das Gericht habe bei seiner Nachprüfung der Zweckmäßigkeit der streitigen Entscheidung ihre Beurteilung durch seine eigene ersetzt. Sie scheint dem Gericht insbesondere vorzuwerfen, dass es bei der Prüfung der Frage, ob eine Übertragung staatlicher Mittel vorgelegen habe, den „umfassenden Ansatz“ der Kommission als ungerechtfertigt zurückgewiesen habe, den die Kommission jedoch bei der Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers angewandt habe. Auch dieses Argument ist nicht stichhaltig. Dem Gericht kann nämlich nicht vorgeworfen werden, bei der Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Anwendung des Beihilfebegriffs die Grenzen seiner Kontrollbefugnis überschritten zu haben, als es unter Berufung u. a. auf seine eigene Tatsachenwürdigung zu dem Ergebnis kam, dass auch bei gemeinsamer Prüfung aller seit Juli 2002 eingetretenen Ereignisse eine Übertragung staatlicher Mittel nicht festgestellt werden könne.

104. Die übrigen Argumente, die die Kommission in diesem Teil ihres zweiten Rechtsmittelgrundes vorbringt, überschneiden sich mit denen, die sie bereits im ersten und zweiten Teil dieses Rechtsmittelgrundes vorgebracht hat.

B – *Zur Rüge der widersprüchlichen Begründung des angefochtenen Urteils (erster Rechtsmittelgrund in der Rechtssache C-401/10 P).*

105. Die Kommission trägt vor, das Gericht nehme an verschiedenen Stellen des angefochtenen Urteils widersprüchliche Beurteilungen der untersuchten Ereignisse vor. So prüfe es die Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 zusammen mit der Ankündigung vom 4. Dezember 2002 und komme zu dem Ergebnis, dass diese Maßnahmen zusammengenommen einen Vorteil für FT darstellten. Zum anderen stelle es im Widerspruch zu diesen Ausführungen fest, dass zwischen diesen Erklärungen und dieser Ankündigung ein erheblicher Bruch bestehe.

106. Ich teile die Auffassung der Kommission nicht. Ich glaube vielmehr, dass das angefochtene Urteil einer ganz linearen Logik folgt und dass sich die von der Kommission gerügten Widersprüche in seiner Begründung nicht feststellen lassen. Ich sehe namentlich keinen Widerspruch zwischen der Behauptung, dass die Erklärungen vom 12. Juli, 13. September und 2. Oktober 2002 und die Ankündigung vom 4. Dezember 2002 zusammen oder getrennt betrachtet FT denselben (oder einen ähnlichen) Vorteil gebracht hätten, da sie die Absicht des Staates, zu ihren Gunsten zu intervenieren, zum Ausdruck gebracht hätten, einerseits, und der Feststellung, dass diese verschiedenen Maßnahmen hinsichtlich der Festlegung der für diese Unterstützung notwendigen Mittel nicht dasselbe Maß an Genauigkeit aufwiesen und dass sie auf verschiedene Weise und in unterschiedlichem Maße geeignet seien, den Staat rechtlich zu binden, andererseits. Desgleichen lässt sich bei Berücksichtigung der Auslegung des Gerichts betreffend den Zusammenhang zwischen Vorteil und Übertragung staatlicher Mittel entgegen dem Vorbringen der Kommission kein Widerspruch feststellen zwischen Randnr. 259 des angefochtenen Urteils, wo das Gericht zu dem Ergebnis gekommen ist, dass „die ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen und die Ankündigung … vom 4. Dezember 2002 … FT einen Vorteil … verschafften“, und Randnr. 296, wo es ausgeführt hat, dass „eine Übertragung staatlicher Mittel aufgrund der Ankündigung vom 4. Dezember 2002 nur einem Vorteil entsprechen [könnte], der in der in dieser Ankündigung ausdrücklich genannten Bereitstellung der Kreditlinie von 9 Mrd. Euro liegt“. Denn dieser letzte Punkt stellt, wie ich bereits dargelegt habe, die Anwendung der These dar, dass ein Zusammenhang nur zwischen einem Vorteil und einer gleichartigen Übertragung staatlicher Mittel bestehen könne, was nach Auffassung des Gerichts in der vorliegenden Rechtssache für die beruhigende Wirkung der genannten Erklärungen und der genannten Ankündigung auf die Finanzmärkte einerseits und der Übertragung öffentlicher Mittel durch die Bereitstellung der Kreditlinie von 9 Mrd. Euro zugunsten von FT andererseits nicht zutrifft.

107. Folglich bin ich der Meinung, dass der erste Rechtsmittelgrund der Kommission zurückzuweisen ist.

C – Zur angeblich falschen Auslegung und zur Verfälschung der streitigen Entscheidung (dritter Rechtsmittelgrund in der Rechtssache C-401/10 P)

108. In ihrem dritten Rechtsmittelgrund rügt die Kommission, das Gericht habe die streitige Entscheidung falsch ausgelegt und die tatsächlichen Umstände, auf die sie gestützt gewesen sei, verfälscht. Sie wirft dem Gericht insbesondere vor, in den Randnrn. 254 und 255 des angefochtenen Urteils die Auffassung vertreten zu haben, dass sie das Vorliegen eines zusätzlichen, sich aus dem Angebot einer Aktionärsvorschussvereinbarung vom 20. Dezember 2002 ergebenden Vorteils hätte genauer untersuchen und begründen müssen, während doch aus den Erwägungsgründen 190 und 194 der streitigen Entscheidung klar hervorgehe, dass sie einen solchen Vorteil nie ins Auge gefasst, sondern stets nur den Vorteil bejaht habe, der in der Wiedereröffnung des Kapitalmarkts zu optimalen Bedingungen für FT bestanden habe und sich aus dem „am Markt … hervorgerufen[en] Eindruck …, dass der Aktionärsvorschuss existiert“, ergeben habe. Sie wendet sich ferner gegen die Behauptung in Randnr. 247 des angefochtenen Urteils, sie habe in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, sie gehe davon aus, dass die Aktionärsvorschussvereinbarung als solche einen zusätzlichen, gesonderten Vorteil für FT bedeutet habe, der zu dem hinzutrete, der sich aus der Ankündigung vom 4. Dezember 2002 ergebe. Entgegen dem Vorbringen der Kommission geht jedoch aus der Begründung des angefochtenen Urteils, namentlich aus den Randnrn. 244 und 245, klar hervor, dass das Gericht in erster Linie den Vorteil berücksichtigt hat, der sich aus dem „gegenüber dem Markt erweckten Eindruck, dass der Vorschuss tatsächlich gewährt wurde“ ergab – des einzigen Vorteils, der nach dem Vorbringen der Kommission in der streitigen Entscheidung bejaht wurde –, und dass das Gericht nur der Vollständigkeit halber in den Randnrn. 254 und 255 geprüft hat, ob diese Entscheidung dahin ausgelegt werden könne, dass die Kommission auch einen späteren und unterschiedlichen Vorteil ins

Auge gefasst habe. Unter diesen Umständen ist die in der vorangehenden Nummer wiedergegebene Rüge der falschen Auslegung der streitigen Entscheidung meines Erachtens als unbegründet zurückzuweisen, ohne dass zu prüfen wäre, ob das Gericht die Ausführungen der Kommission in der mündlichen Verhandlung vom 21. April 2009 verfälscht hat.

109. Im Rahmen ihres dritten Rechtsmittelgrundes rügt die Kommission ferner, dass Gericht habe „die [streitige] Entscheidung und die ihr zugrunde liegenden Tatsachen verfälscht“, indem es in den aufeinanderfolgenden Ereignissen von Juli bis Dezember 2002 einen erheblichen Bruch zwischen der Erklärung vom 12. Juli 2002 und der Ankündigung vom 4. Dezember 2002 festgestellt habe, „wobei es nicht die beiden anderen Erklärungen erwähnt hat, die im September und Oktober 2002 abgegeben wurden“ und die nach dem Vorbringen der Kommission von der schrittweisen Konkretisierung der Engagements des französischen Staates zugunsten von FT zeugen. Auch diese Rüge ist zurückzuweisen. Tatsächlich ergibt sich namentlich aus den Randnrn. 303 und 304 des angefochtenen Urteils, dass das Gericht der Auffassung war, dass die Ankündigung vom 4. Dezember 2002 einen „erheblichen Bruch“ in der Abfolge der Ereignisse gegenüber *den drei Erklärungen* von Juli, September und Oktober 2002 dargestellt habe (den „ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen“ nach der vom Gericht in Randnr. 21 des angefochtenen Urteils eingeführten Kurzformel) - deren Natur und Bedeutung es für jede von ihnen bereits im Einzelnen in den Randnrn. 273 bis 276 des angefochtenen Urteils untersucht hatte. Es hat es also nicht unterlassen, wie die Kommission meint, die Gesamtheit der vor dieser Ankündigung erlassenen Maßnahmen zu prüfen.

110. Aufgrund aller dieser Überlegungen bin ich der Auffassung, dass der dritte Rechtsmittelgrund der Kommission insgesamt als unbegründet zurückzuweisen ist.

D – *Zu dem Antrag der Französischen Republik auf Auswechslung der Gründe*

111. Die französische Regierung macht in ihrer Rechtsmittelbeantwortung geltend, das Gericht habe in den Randnrn. 240 und 259 des angefochtenen Urteils aufgrund eines Rechtsirrtums die von den ab Juli 2002 abgegebenen Erklärungen und der Ankündigung vom 4. Dezember 2002 hervorgerufenen Wirkungen als Vorteil qualifiziert, bevor es diese Maßnahmen anhand des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers geprüft habe.

112. Dem Antrag auf Auswechslung der Gründe, den die französische Regierung durch dieses Vorbringen im Wesentlichen an den Gerichtshof richtet, kann meines Erachtens nicht stattgegeben werden. In Randnr. 217 des angefochtenen Urteils hat das Gericht nämlich ausgeführt, dass „die Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers notwendig voraus[setzt], dass durch die vom Staat zugunsten eines Unternehmens getroffenen Maßnahmen ein Vorteil verschafft wird, der sich aus staatlichen Mitteln ergibt“. In Randnr. 221 hat es dargelegt, dass es zunächst prüfen werde, ob die vom französischen Staat zugunsten von FT ergriffenen Maßnahmen dieser einen Vorteil verschafft hätten, und sodann, ob ein solcher Vorteil unter Beachtung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers gewährt worden sei. Schließlich hat das Gericht in Randnr. 313 dargelegt, dass die Klagegründe und Argumente der Klägerinnen betreffend die Rechtmäßigkeit der Anwendung des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers durch die Kommission nicht geprüft zu werden brauchten. Unter diesen Umständen kann, wie FT selbst einräumt, nicht davon ausgegangen werden, dass das Gericht zu der im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG „ungerechtfertigten“ Gewährung des sich aus den vom französischen Staat zugunsten von FT ergriffenen Maßnahmen ergebenden materiellen Vorteils so, wie er in den Randnrn. 234 bis 240 des angefochtenen Urteils beschrieben worden ist, Stellung genommen hat[60].

60 — Vgl. auch Urteil des Gerichtshofs vom 5. Juni 2012, Kommission/EDF u. a. (C-124/10 P, Randnr. 89).

V – Ergebnis

113. Aus den dargelegten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, das Urteil des Gerichts der Europäischen Union vom 21. Mai 2010, Frankreich u. a./Kommission (T-425/04, T-444/04, T-450/04 und T-456/04), aufzuheben. Außerdem bin ich der Meinung, dass der Gerichtshof die Rechtssache gemäß Art. 61 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union unter Vorbehaltung der Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur erneuten Prüfung der Klage an das Gericht zurückverweisen sollte, da der Irrtum, der dem Gericht unterlaufen ist, seine gesamte Untersuchung beeinträchtigt, und da es nicht alle gegen die Entscheidung 2006/621/EG der Kommission vom 2. August 2004 über die staatliche Beihilfe, die Frankreich zugunsten von France Télécom gewährt hat, erhobenen Klagegründe geprüft hat, darunter den der Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden privaten Investors durch die Kommission.