Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. MENGOZZI
fremsat den 28. juni 2012 [1]

Forenede sager C-399/10 P og C-401/10 P

Bouygues SA og Bouygues Télécom SA
mod
Europa-Kommissionen m.fl.
og
Europa-Kommissionen
mod

Den Franske Republik m.fl.

»Appel — statsstøtte — begrebet — fordele tilstået direkte eller indirekte ved hjælp af statsmidler — finansielle foranstaltninger til fordel for France Télécom«

1. De to franske selskaber Bouygues SA og Bouygues Télécom SA, hvoraf det sidstnævnte udøver virksomhed på det franske marked for mobiltelefoni (herefter under ét »Bouygues«) (sag C-399/10 P), og Europa-Kommissionen (sag C-401/10 P) har i deres appelskrifter nedlagt påstand om ophævelse af dom afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 21. maj 2010 i sagen Frankrig m.fl. mod Kommissionen (forenede sager T-425/04, T-444/04, T-450/04 og T-456/04, Sml. II, s. 2099, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten dels annullerede artikel 1 i Kommissionens beslutning 2006/621/EF af 2. august 2004 om statsstøtte ydet af Frankrig til France Télécom (EUT L 257, s. 11, herefter »den anfægtede beslutning«), dels fastslog, at det var ufornødent at træffe afgørelse om påstandene om annullation af beslutningens artikel 2.

I – Tvistens baggrund og den anfægtede beslutning

2. France Télécom (herefter »FT«), som er det ledende selskab i en koncern, der driver virksomhed inden for levering af telenet og teletjenester, er et børsnoteret aktieselskab, hvoraf den franske stat i 2002 ejede 56,45%. Den 31. december 2001 udviste FT's offentliggjorte regnskab for 2001 en nettogæld på 63,5 mia. EUR og et tab på 8,3 mia. EUR. Den 30. juni 2002 var FT's nettogæld steget til 69,69 mia. EUR, hvoraf 48,9 mia. EUR udgjorde obligationsgæld, der forfaldt i perioden 2003-2005.

1 — Originalsprog: fransk.

3. Den franske økonomi-, finans- og industriminister udtalte i et interview, der blev offentliggjort i dagbladet *Les Echos* den 12. juli 2002 (herefter »udtalelsen af 12. juli 2002«), følgende om FT's finansielle situation:

»Staten er majoritetsaktionær, da den ejer 55% af kapitalen [...] Staten vil som aktionær handle som en fornuftig investor og træffe passende foranstaltninger, hvis [FT] støder på problemer [...] Jeg gentager, at hvis [FT] havde finansieringsproblemer, hvilket ikke er tilfældet i dag, ville staten træffe de beslutninger, som var nødvendige for, at de blev overvundet. De bringer på ny rygterne om en kapitalforøgelse på bane [...] Nej, det kommer bestemt ikke på tale! Jeg siger blot, at staten i tilstrækkeligt god tid vil træffe passende foranstaltninger. Hvis det er nødvendigt [...]«

4. I en pressemeddelelse af 13. september 2002 om FT's finansielle situation (herefter »erklæringen af 13. september 2002«) udtalte de franske myndigheder følgende:

»Efter de konstaterede ekstraordinære tab i første halvår står [FT] nu over for en alvorlig mangel på egenkapital. En sådan finansiel situation svækker [FT's] muligheder. [Den franske regering] agter derfor at opfylde sine forpligtelser fuldt ud [...] [Den franske stat] vil støtte [FT] i forbindelse med gennemførelsen af [en genopretningsplan for selskabet] og for sin del bidrage til en meget væsentlig styrkelse af [dets] egenkapital ifølge en tidsplan og på vilkår, der fastsættes på grundlag af markedsvilkårene. Indtil da vil [den franske stat], hvis det bliver nødvendigt, træffe foranstaltninger, som gør det muligt for [FT] at undgå eventuelle finansieringsproblemer.«

5. Den 2. oktober 2002 blev der udnævnt en ny administrerende direktør og bestyrelsesformand for FT. Pressemeddelelsen om udnævnelsen (herefter »erklæringen af 2. oktober 2002«) havde følgende ordlyd:

»[...] [Den nye administrerende direktør for FT] vil [...] kunne råde over støtte fra staten som aktionær, som agter at opfylde sine forpligtelser fuldt ud. [Den franske stat] vil støtte genopretningsforanstaltningerne og for sin del bidrage til styrkelsen af [FT's] egenkapital på vilkår, der vil blive fastsat i et tæt samarbejde med [FT's] direktør og bestyrelse. Som tidligere oplyst vil [den franske stat] indtil da, hvis det bliver nødvendigt, træffe foranstaltninger, som gør det muligt for [FT] at undgå eventuelle finansieringsproblemer.«

6. På bestyrelsesmødet i FT den 4. december 2002 fremlagde den nye ledelse en handlingsplan med titlen »Ambitioner for France Télécom 2005« (herefter »ambitionsplan 2005«), hvis hovedformål var at genoprette ligevægten i FT's balance ved at styrke egenkapitalen med et beløb på 15 mia. EUR.

7. Fremlæggelsen af ambitionsplan 2005 var ledsaget af en pressemeddelelse fra økonomi-, finans- og industriministeren af 4. december 2002 (herefter »meddelelsen af 4. december 2002«), som havde følgende ordlyd:

»[Økonomiministeren] [...] bekræfter [den franske stats] støtte til den handlingsplan, [FT's] bestyrelse vedtog den 4. december [2002]. 1) [FT]-koncernen udgør en erhvervsmæssig helhed, som opviser bemærkelsesværdige resultater. [FT] står imidlertid lige nu over for en finansiel struktur, som er i uligevægt, og et behov for egenkapital og refinansiering af gæld på mellemlang sigt. Denne situation er et resultat af dårligt styrede fejlslagne investeringer, som blev foretaget, da »finansboblen« var på sit højeste, og, mere generelt, af omslaget på markederne. At [FT] kun har kunnet finansiere sin udvikling ved at stifte gæld, har forværret situationen. 2) [Den franske stat], som er majoritetsaktionær, har anmodet den nye ledelse om at genoprette den finansielle ligevægt i [FT], samtidig med at koncernens integritet bevares [...] 3) [Den franske stat] vil på grundlag af den af ledelsen udarbejdede handlingsplan og afkastforventningerne til investeringen deltage i styrkelsen af egenkapitalen på 15 mia. EUR i et omfang, der svarer til dens kapitalandel, dvs. med en investering på 9 mia. EUR. [Den franske stat] agter som aktionær således at handle som en fornuftig investor. Det påhviler [FT] at fastlægge de nærmere vilkår og den konkrete tidsplan for, hvordan selskabets

egenkapital skal styrkes. [Den franske regering] ønsker, at denne operation gennemføres under størst mulig hensyntagen til [FT's] individuelle aktionærer og medarbejderaktionærer. For at gøre det muligt for [FT] at henvende sig til markedet på det gunstigste tidspunkt er [den franske stat] rede til at foregribe sin deltagelse i styrkelsen af egenkapitalen ved at stille et midlertidigt aktionærlån, der forrentes på almindelige markedsvilkår, til rådighed for [FT]. 4) [Den franske stats] samlede andel i [FT] vil blive overført til den statslige industrielle og kommercielle virksomhed ERAP [Entreprise de recherche et d'activités pétrolières]. ERAP vil optage lån på finansmarkederne med henblik på at finansiere [den franske stats] andel i styrkelsen af [FT's] egenkapital.«

8. Den 4. december 2002 anmeldte Den Franske Republik de finansielle foranstaltninger i ambitionsplan 2005, herunder det påtænkte aktionærlån, hvorom der var blevet givet meddelelse samme dag, til Kommissionen.

9. Den 11. og 12. december 2002 iværksatte FT to successive obligationsemissioner til et samlet beløb af 2,9 mia. EUR.

10. Den 20. december 2002 tilsendte ERAP, hvorigennem den franske stat den 14. april 2003 ejede 28,6% af FT's kapital, FT et paraferet og underskrevet udkast til en aftale om et aktionærlån (herefter »tilbuddet af 20. december 2002 om en aftale om et aktionærlån«). FT underskrev ikke aftaleudkastet, og aktionærlånet blev aldrig gennemført.

11. Den 15. januar 2003 optog FT lån i form af obligationsemissioner til et samlet beløb af 5,5 mia. EUR. Der blev ikke stillet nogen statslig sikkerhed eller garanti for obligationslånene. Den 10. februar 2003 fornyede FT en del af et syndikeret lån, som forfaldt, til et beløb på 15 mia. EUR.

12. Den 4. marts 2003 indledtes den aktion til styrkelse af FT's egenkapital, der var forudset i ambitionsplan 2005. Den 24. marts 2003 gennemførte FT en kapitalforhøjelse på 15 mia. EUR. Den franske stat deltog i aktionen med et beløb på 9 mia. EUR i overensstemmelse med dens andel af FT's kapital. Aktionen blev afsluttet den 11. april 2003. FT afsluttede regnskabsåret for 2002 med et tab på ca. 21 mia. EUR og en finansiel nettogæld på ca. 68 mia. EUR. Det regnskab for 2002, som selskabet offentliggjorde den 5. marts 2003, udviste en stigning i omsætningen på 8,4%, i overskuddet før afskrivninger på 21,1% og i driftsresultatet på 30,9%. Den 14. april 2003 ejede den franske stat 58,9% af FT's kapital.

13. Den 22. januar 2003 indbragte Bouygues klage til Kommissionen over en række støtteforanstaltninger, den franske stat havde truffet til fordel for FT og Orange i forbindelse med refinansieringen af FT's gæld.

14. Den 3. august 2004 meddelte Kommissionen de franske myndigheder den anfægtede beslutning. I beslutningens artikel 1 bestemmes, at »[d]et aktionærlån, [Den Franske Republik] stillede til rådighed for FT i december 2002 i form af en kreditlinje på 9 mia. EUR [...] i sammenhæng med [erklæringerne fra og med juli 2002], [udgør] statsstøtte, som er uforenelig med fællesmarkedet«. Ifølge den anfægtede beslutnings artikel 2 skal »[d]en i artikel 1 omhandlede støtte [...] ikke kræves tilbagebetalt«.

15. Kommissionen bemærkede, at FT's finansielle situation havde været kendetegnet af alvorlige strukturelle problemer og en balance i uligevægt siden juni 2002. Den anførte, at en yderligere forringelse af kreditvurderingen af FT's gæld på tidspunktet for udtalelsen af 12. juli 2002 ville have medført, at FT havde mistet ratingen investeringsklasse (investment grade), og at denne rating var tæt på at blive nedsat til kategorien »junk bond« (spekulationsobligation) af kreditvurderingsbureauerne S&P og Moody's. Ifølge Kommissionen havde FT i juli 2002 været genstand for en tillidskrise.

16. I 186. betragtning til den anfægtede beslutning bemærkede Kommissionen, at de franske myndigheder siden juli 2002, forud for foranstaltningerne af december 2002, som var genstand for anmeldelsen, havde fremsat en række erklæringer og truffet en række foranstaltninger. Disse erklæringer og foranstaltninger gjorde det for det første muligt bedre at forstå grundene til og rækkevidden af foranstaltningerne af december 2002. For det andet havde de påvirket markedernes og de økonomiske aktørers opfattelse af FT's situation i december 2002. Endelig fandt Kommissionen, at erklæringerne og foranstaltningerne fra og med juli 2002 kunne anskues som en helhed, der kunne opfattes således, at den kunne udsætte statsmidler for risiko (187. betragtning). Kommissionen bemærkede, at der var en tidsforskydning mellem de fordele, som var blevet indrømmet selskabet, og som havde været særlig tydelige i juli, og den potentielle forpligtelse af statsmidler, der havde syntes klarere i december. Ifølge Kommissionen var det imidlertid ikke let at fastslå uden at efterlade nogen tvivl, om erklæringerne af juli 2002 i det mindste potentielt havde indebåret forpligtelse af statsmidler. Den tese, at erklæringerne af juli 2002 udgjorde støtte, var »således nydannende, men formentlig ikke uden grundlag« (188. betragtning). Kommissionen fandt dog, at den ikke rådede over tilstrækkeligt materiale til at bevise, at der var tale om støtte, på grundlag af denne tese (189. betragtning).

17. Den koncentrerede sig derfor i sin vurdering om de foranstaltninger truffet fra og med december 2002, som den franske stat havde anmeldt, og hvorom den fandt, at det var klarere, at der forelå forpligtelse af statsmidler og en fordel, »hvis de forudgående erklæringer og foranstaltningers virkning på markederne tages i betragtning«. Endvidere bemærkede Kommissionen, at tilbuddet af 20. december 2002 om et aktionærlån havde givet FT en fordel, idet selskabet havde kunnet forøge sine finansielle midler og berolige markedet med hensyn til, at det kunne overholde sine tilbagebetalingsfrister. Selv om aftalen om lånet aldrig var blevet underskrevet, »gav det forhold, at markedet blev bibragt det indtryk, at lånet var en realitet, formentlig FT en fordel, eftersom markedet kom til at opfatte selskabets finansielle situation som mere solid« (194. betragtning). Kommissionen fandt, at den omstændighed, at en fordel skyldes et statsligt tilsagn, der medfører en potentiel, men ikke umiddelbar, overførsel af midler, ikke er til hinder for at anse fordelen for tilstået ved hjælp af statsmidler. Ifølge Kommissionen opstod der en »potentiel supplerende byrde for statens midler som følge af, at det blev meddelt, at der ville blive stillet et aktionærlån til rådighed, i forbindelse med at forhåndsbetingelserne for denne tilrådighedsstillelse blev gennemført, at markedet blev bibragt det indtryk, at forskuddet rent faktisk var blevet stillet til rådighed, og, endelig, at ERAP tilsendte FT aftalen om aktionærlånet« (196. betragtning).

18. Kommissionen drog den konklusion, at de omhandlede foranstaltninger udgjorde statsstøtte, der var uforenelig med fællesmarkedet. Da det imidlertid ikke var muligt at beregne, præcis hvilken virkning støtten havde haft, udgjorde iagttagelsen af retten til forsvar en hindring for at kræve den tilbagebetalt. Desuden fandt Kommissionen efter en samlet vurdering af andre forhold end tilbuddet af 20. december 2002 om et aktionærlån, og i betragtning af at spørgsmålet om, hvorvidt en sådan adfærd er forenelig med reglerne om statsstøtte, var nyt, at princippet om beskyttelse af den berettigede forventning ligeledes udgjorde en hindring derfor.

II – Den appellerede dom

19. I deres søgsmål for Retten havde Den Franske Republik, FT, Bouygues og Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (den franske sammenslutning af netoperatører og udbydere af teletjenester) nedlagt påstand om (hel eller delvis) annullation af den anfægtede beslutning.

20. I den appellerede dom prøver Retten efter at have fastslået, at de forskellige sagsøgere har interesse i at indbringe søgsmål, den kvalifikation som statsstøtte, Kommissionen foretog i den anfægtede beslutning. Retten anfører herom i præmis 221, at det »som det første [skal] undersøges, om erklæringerne fra og med juli 2002 [og tilbuddet af 20. december 2002 om et aktionærlån] hver for sig

eller under ét gav FT en eller flere fordele. I bekræftende fald skal det dernæst fastslås, om de eventuelle fordele for FT hidrørte fra en overførsel af statsmidler. Er dette tilfældet, skal det som det tredje undersøges, om de eventuelle, fra statsmidler hidrørende, fordele blev tilstået i overensstemmelse med kriteriet om den fornuftige private investor i en markedsøkonomi«.

21. Hvad indledningsvis angår erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 finder Retten i præmis 234 i den appellerede dom, at »Kommissionen [godtgjorde] i den anfægtede beslutning, at erklæringerne havde indebåret en mærkbar fordel for FT i betragtning af, at de havde ført til fornyet tillid på finansmarkederne, gjort det muligt lettere og mindre bekosteligt for FT at få adgang til de nye lån, der var nødvendige for at refinansiere selskabets kortfristede gæld, som havde et omfang på 15 mia. EUR, og endelig bidraget til at stabilisere dets meget svage finansielle situation, som i juni og juli 2002 var tæt på at blive væsentligt forværret«. I den følgende præmis bemærker Retten ligeledes, at »Kommissionen havde tilvejebragt en række indicier for, at kreditvurderingsbureauerne efter erklæringen af 12. juli 2002 og de følgende erklæringer samt meddelelsen om forslaget om et aktionærlån af 4. december 2002 havde fastsat en mere gunstig rating for FT end den, de før da havde fastsat eller forventet at fastsætte i betragtning af selskabets finansielle krise [...]«. Retten fastslår i præmis 237, at »erklæringerne under alle omstændigheder under ét havde en afgørende indvirkning på kreditvurderingsbureauernes reaktion, og at denne reaktion derpå var afgørende for forbedringen af FT's omdømme hos investorerne og kreditorerne og for den holdning, som de aktører på finansmarkederne, der senere deltog i refinansieringen af FT's gæld, udviste«. Endelig drager Retten i præmis 240 den konklusion, at »den positive og stabiliserende indvirkning på FT's rating, som var en direkte følge af erklæringerne fra og med juli 2002 og de franske myndigheders intentioner, [således uundgåeligt indebar] en finansiel fordel for FT og en styrkelse af selskabets økonomiske stilling. Fastslåelsen af dette gav i sig selv Kommissionen grundlag for at konkludere, at FT var blevet tilstået en fordel som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF, idet det var ufornødent at beregne fordelen talmæssigt«.

22. I præmis 243 ff. i den appellerede dom undersøger Retten derpå, »om aktionærlånet, der kun nåede til det stadium, hvor det forelå som et aftaleudkast, der ikke blev underskrevet af FT, og som aldrig blev gennemført, i sig selv indebar en yderligere og særskilt fordel i forhold til den, der beskrives i [den appellerede doms] præmis 235-237«. I præmis 244 henviser Retten til 194. betragtning til den anfægtede beslutning, »hvorefter aftalen om aktionærlånet, på trods af at den aldrig blev underskrevet af FT og dermed heller ikke gennemført, gav FT en fordel, idet den betød, at selskabet kunne forøge sine finansielle midler og berolige markedet med hensyn til, at det kunne overholde sine tilbagebetalingsfrister, hvilket påvirkede dets lånevilkår«, og anfører nærmere, at det fremgår af denne betragtning, at »det forhold, at markedet blev bibragt det indtryk, at lånet var en realitet, [formentlig gav] FT en fordel, eftersom markedet kom til at opfatte selskabets finansielle situation som mere solid«. I præmis 245 bemærker Retten, at da »den således beskrevne fordel ifølge Kommissionen bestod i en beroligende indvirkning på markedet og i, at tredjeparter var blevet bibragt det indtryk, at aktionærlånet var blevet stillet til rådighed for FT, er den åbenbart sammenfaldende med den fordel, der fulgte af erklæringerne fra og med juli 2002, herunder navnlig den fordel, der var forbundet med meddelelsen af 4. december 2002 om forslaget om et aktionærlån, som allerede havde haft en sådan virkning på finansmarkederne og ført til en forbedring af lånevilkårene for FT«. I den følgende præmis anfører Retten, at »forslaget om et aktionærlån, som var genstand for den paraferede og underskrevne aftale, ERAP tilsendte FT [...] ikke, på samme måde som meddelelsen om forslaget af 4. december 2002, [forekommer] at have kunnet påvirke markederne på samme, eller i det mindste på lignende, måde«, eftersom »det ikke blev offentliggjort separat og ud over meddelelsen af 4. december 2002 om forslaget om et aktionærlån, at ERAP den 20. december 2002 havde tilsendt FT aftalen om aktionærlånet«.

23. I præmis (251-256) i den appellerede dom prøver Retten, om Kommissionen »i fornødent omfang godtgjorde, at det forhold, at FT ensidigt og betingelsesløst havde kunnet gøre brug af den kreditlinje på 9 mia. EUR, som var genstand for aftalen om et aktionærlån, havde udgjort en fordel for selskabet, selv om aftaleudkastet aldrig var blevet underskrevet af FT eller gennemført«. Ifølge Retten fremgår det

nemlig »med den fornødne klarhed og præcision« af den anfægtede beslutning, at Kommissionen i forhold til den fordel, som beskrives i præmis 235-237 i den appellerede dom, og som fulgte af erklæringerne fra og med juli 2002 og meddelelsen af 4. december 2002, havde taget en yderligere og særskilt fordel i betragtning (præmis 248-250). Som afslutning på prøvelsen drager Retten den konklusion, at der ikke foreligger et sådant bevis, fordi Kommissionen ikke undersøgte, om den omhandlede låneaftale under hensyn til betingelserne for at gennemføre denne konkret havde indebåret fordelagtige økonomiske virkninger for FT (præmis 257).

24. I den appellerede doms præmis 262 ff. behandler Retten spørgsmålet om, hvorvidt de fordele, som var blevet påvist i det foregående, fulgte af en overførsel af statsmidler. Den forkaster først Bouygues' standpunkt, hvorefter erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 indebar en sådan overførsel, fordi de havde været åbne, upræcise og betingede, og fordi det ikke var blevet påvist, at de opfyldte »betingelserne for at udgøre et ensidigt, retligt bindende tilsagn fra den franske stat, om så blot i form af en hensigtserklæring, der indebar overførsel af statsmidler som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF« (præmis 268-289).

25. Derpå prøver Retten, om det er påvist, at der blev overført statsmidler som følge dels af meddelelsen af 4. december 2002, dels af tilbuddet af 20. december 2002 om en aftale om et aktionærlån.

26. Hvad meddelelsen af 4. december 2002 angår bemærker Retten, at hverken Kommissionen eller Bouygues har påstået, at meddelelsen indebar overførsel af statsmidler i henhold til fransk forvaltningsret eller civilret, og at det derfor ikke påhviler Retten at prøve dette spørgsmål (præmis 293-295). I præmis 296 tilføjer Retten: »Under alle omstændigheder kan en overførsel af statsmidler som følge af meddelelsen af 4. december 2002 kun svare til den fordel, som består i den åbning af en kreditlinje på 9 mia. EUR, som udtrykkelig blev bebudet i meddelelsen. Dels angav Kommissionen, som nævnt i præmis 292 [i den appellerede dom], ikke i den anfægtede beslutning, at der havde foreligget en sådan fordel. Dels er fordelen særskilt i forhold til den, der fulgte af erklæringerne fra og med juli 2002, og som blev fastslået i beslutningen (jf. præmis 243 ff. [i den appellerede dom]), uanset om sidstnævnte fordel består i forbedringen af refinansieringsvilkårene for FT og/eller den eventuelle stigning i kursen på selskabets aktier og obligationer.« I den følgende præmis påpeger Retten, at »krav[et] om en forbindelse mellem den påviste fordel og forpligtelsen af statsmidler forudsætter nemlig, at fordelen svarer til en byrde, som belaster statsbudgettet [...]. Dette er imidlertid ikke tilfældet i den foreliggende sag, hvor det drejer sig om forbindelsen mellem den fordel, der fastslås i den anfægtede beslutning, og som følger dels af erklæringerne fra og med juli 2002, dels af den angivelige overførsel af statsmidler, der består i åbningen af en kreditlinje på 9 mia. EUR som angivet i meddelelsen af 4. december 2002 om forslaget om et aktionærlån«. Retten drager følgelig den konklusion, at Kommissionen ikke godtgjorde, at meddelelsen indebar overførsel af statsmidler.

27. Hvad tilbuddet af 20. december 2002 om en aftale om et aktionærlån angår bemærker Retten blot, at »da Kommissionen ikke godtgjorde i den anfægtede beslutning, at tilbudet om en aftale indebar en fordel i sig selv (jf. [den appellerede doms] præmis 254-257), kan Retten så meget desto mindre fastslå, at der til denne fordel knyttede sig en overførsel af statsmidler« (præmis 299).

28. Endelig behandler Retten spørgsmålet om, hvorvidt »Kommissionen på grundlag af sin helhedsorienterede fremgangsmåde (jf. præmis 266 [i den appellerede dom]) [ikke desto mindre] havde ret til ud fra en vurdering af erklæringerne fra og med juli 2002, meddelelsen om forslaget om et aktionærlån og fremsendelsen af forslaget om et aktionærlån i forening at fastslå, at kriteriet om overførsel af statsmidler var opfyldt i det foreliggende tilfælde« (præmis 302-309). Som afslutning på denne behandling drager Retten den konklusion, at »selv om Kommissionen havde ret til at medtage

alle de omstændigheder, der var gået forud for og havde påvirket den endelige beslutning om at støtte FT ved hjælp af et aktionærlån, som den franske stat traf i december 2002, i grundlaget for at fastslå, at der havde foreligget en fordel, lykkedes det ikke for den at påvise, at der til denne fordel havde knyttet sig en overførsel af statsmidler«.

III – Retsforhandlinger for Domstolen og parternes påstande

29. Ved processkrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 4. august 2010 har Bouygues iværksat appel af Rettens dom (sag C-399/10 P). Ved processkrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 5. august 2010 har Kommissionen ligeledes iværksat appel af dommen (sag C-401/10 P). Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 28. februar 2011 er Kongeriget Danmark og Forbundsrepublikken Tyskland blevet meddelt tilladelse til at intervenere i sag C-399/10 P til støtte for henholdsvis Kommissionens og Den Franske Republiks påstande. Kongeriget Danmark har efterfølgende frafaldet sin intervention. Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 8. september 2011 er sagerne C-399/10 og C-401/10 P blevet forenet med henblik på den mundtlige forhandling og domsafsigelsen.

30. I sag C-399/10 P har Bouygues nedlagt påstand om, at Domstolen ophæver den appellerede dom, træffer afgørelse om sagens realitet, delvis annullerer den anfægtede beslutnings artikel 1, i den udstrækning Kommissionen heri implicit, men med logisk nødvendighed, afviser at kvalificere den franske stats erklæringer af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 som statsstøtte, samt annullerer beslutningens artikel 2, subsidiært at den hjemviser sagen til Retten til fornyet behandling, hvis den finder, at tvisten ikke er moden til påkendelse, og tilpligter Kommissionen, FT, Den Franske Republik og Forbundsrepublikken Tyskland at betale sagens omkostninger. I sag C-401/10 P har Bouygues henvist til de påstande, selskaberne har nedlagt i deres appelskrift.

31. I sag C-401/10 P har Kommissionen nedlagt påstand om, at Domstolen ophæver den appellerede dom, i den udstrækning den anfægtede beslutnings artikel 1 heri annulleres, og Kommissionen tilpligtes at bære sine egne omkostninger og at betale Den Franske Republiks og FT's omkostninger i sagerne T-425/04 og T-444/04, og at Domstolen hjemviser sagen til Retten til fornyet behandling og udsætter afgørelsen om sagens omkostninger. I sag C-399/10 P har Kommissionen nedlagt de samme påstande som Bouygues, bortset fra påstandene om annullation af den anfægtede beslutnings artikel 1, i den udstrækning Kommissionen heri implicit, men med logisk nødvendighed, afviser at kvalificere den franske stats erklæringer af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 som statsstøtte, og af beslutningens artikel 2 samt påstanden om, at Kommissionen tilpligtes at bære sine egne omkostninger og at betale Bouygues' omkostninger.

32. FT og Den Franske Republik har nedlagt påstand om, at Bouygues' og Kommissionens appeller forkastes, eller, subsidiært, at sagen hjemvises til Retten. For det tilfælde at Domstolen ophæver dommen og undlader at hjemvise sagen til Retten, har FT og Den Franske Republik nedlagt påstand om, at Domstolen helt eller delvis tager deres respektive påstande i første instans til følge samt tilpligter Bouygues og Kommissionen at betale sagens omkostninger.

33. Forbundsrepublikken Tyskland støtter Den Franske Republiks påstande og har ligeledes nedlagt påstand om, at Domstolen tilpligter Bouygues og Kommissionen at betale intervenienternes omkostninger.

IV – Appellerne

34. Til støtte for deres appeller i sag C-399/10 P har Bouygues påberåbt sig to anbringender, hvoraf det første vedrører fejl i forbindelse med kvalifikationen af den franske stats erklæringer af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 som støtte og det andet fejl i forbindelse med kvalifikationen som støtte af den franske stats aktionærlån til FT i form af åbningen af en kreditlinje på 9 mia. EUR i december 2002.

35. Kommissionen har påberåbt sig tre anbringender inden for rammerne af sin appel i sag C-401/10 P. Det første vedrører en selvmodsigende begrundelse i den appellerede dom, det andet drejer sig om en angivelig retlig fejl ved fortolkningen af artikel 87, stk. 1, EF, og det tredje rejser spørgsmålet om, hvorvidt den anfægtede beslutning blev gengivet urigtigt.

A – *Klagepunkterne om tilsidesættelse af artikel 87, stk. 1, EF*

36. I det følgende behandler jeg først de klagepunkter, Bouygues har fremført inden for rammerne af selskabernes første appelanbringende, hvorefter Retten begik en fejl ved ikke at kvalificere den franske stats erklæringer af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 som støtte, og derpå under ét de klagepunkter, Bouygues og Kommissionen begge har fremført inden for rammerne af deres andet appelanbringende vedrørende kvalifikationen af den franske stats aktionærlån til FT som støtte. Da betingelsen om, at støtten finansieres ved hjælp af statsmidler, har stået i centrum for diskussionen mellem parterne, skal jeg inden behandlingen af de nævnte klagepunkter give en kort sammenfatning af retspraksis hvad dette angår.

1. Sammenfatning af retspraksis vedrørende betingelsen om, at støtten finansieres ved hjælp af statsmidler

37. At der er tale om forpligtelse af statsmidler, er ifølge en nu fast retspraksis en af forudsætningerne for, at der foreligger en støtte, hvorfor en sådan skal indebære en byrde for statsbudgettet.

38. Skønt dette på statsstøtterettens nuværende udviklingstrin er et fastslået princip, har det ikke altid forholdt sig således, idet Domstolen på et tidligt stadium af sin praksis snarere var tilbøjelig til at anse en foranstaltning for statslig, *enten* når den var finansieret med offentlige midler, *eller* når den kunne tilregnes staten [2]. Domstolen bemærkede således udtrykkeligt i en dom fra 1985, hvori den skulle tage stilling til, om et tilskud til landbrugere finansieret af driftsoverskuddet fra det franske nationale kreditinstitut for landbruget udgjorde støtte, at »en statsstøtte ikke nødvendigvis forudsætter, at der er tale om en støtte, der finansieres med statsmidler« [3]. Nogle år senere gentog Domstolen denne holdning i dommen i sagen Kwekerij van der Kooy m.fl. mod Kommissionen [4], og i 1988 betegnede Domstolen den i en dom om rentegodtgørelse af eksportkreditter ydet af de græske myndigheder

2 — Denne holdning støttede sig på anvendelsen af den disjunktive konjunktion »eller« i udtrykket »statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler« i den gamle artikel 92, stk. 1, i EØF-traktaten (senere EF-traktatens artikel 92, stk. 1, efter ændring dernæst artikel 87, stk. 1, EF, nu artikel 107 TEUF); jf. herom M. Merola: »Le critère de l'utilisation des ressources publiques« i *Les aides d'Etat*, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, 2005, s. 15.

3 — Dom af 30.1.1985, sag 290/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 439, præmis 14. Skønt der i det pågældende tilfælde ikke var tvivl om, at foranstaltningen var blevet truffet efter tilskyndelse fra de offentlige myndigheder og derfor kunne tilskrives staten, havde den franske regering gjort gældende, at det overskud, hvormed tilskuddet blev finansieret, ikke var statsmidler, men indtægter fra driften af et privat pengeinstitut.

4 — Dom af 2.2.1988, forenede sager 67/85, 68/85 og 70/85, Sml. s. 219, præmis 32-38. I den sag, som førte til denne dom, var der tale om anvendelse af en præferencetarif på naturgas i Nederlandene, som begunstigede en bestemt gruppe brugere, og som var blevet fastsat af gasproducenterne, herunder Gasunie, et privatretligt selskab, af hvis kapital den nederlandske stat direkte eller indirekte ejede 50%. Efter at have fastslået, at fastsættelsen af tariffen på baggrund af strukturen i aktiebesiddelsen i Gasunie fulgte af handlinger, som kunne tilregnes den nederlandske stat, bemærkede Domstolen, at »denne konstatering er tilstrækkelig til at konkludere, at fastsættelsen af den omtvistede tarif [...] kan falde ind under begrebet statsstøtte i den i traktatens artikel 92 forudsatte betydning«.

gennem Den Græske Nationalbank [5] som sin »faste praksis« [6]. Den fortolkning af EØF-traktatens artikel 92, hvorefter det ikke er en absolut forudsætning for at kvalificere en foranstaltning som støtte, at den er offentligt finansieret, når der ikke er tvivl om, at den kan tilregnes staten, blev ligeledes støttet af flere generaladvokater [7].

39. Fra og med dommen i Sloman Neptun-sagen [8] har Domstolen imidlertid klart indtaget den modsatte holdning. Den fastslog i denne dom, idet den forkastede Kommissionens standpunkt, der var baseret på ovennævnte retspraksis, og i modsætning til generaladvokat Darmons forslag til afgørelse, at »kun de fordele, som direkte eller indirekte ydes ved hjælp af statsmidler, [skal] betragtes som støtte efter EØF-traktatens artikel 92, stk. 1«, og at »[a]llerede ordlyden af denne bestemmelse […] viser [...] at fordele, der indrømmes ved hjælp af andre midler end statsmidler, ikke er omfattet af de pågældende bestemmelsers anvendelsesområde« [9]. Holdningsændringen bekræftedes i dommen i Kirsammer-Hack-sagen [10], der ligeledes omhandlede lovgivning på det sociale område. Siden har Domstolen konsekvent fulgt denne holdning [11]. I PreussenElektra-sagen [12] var Domstolen af Kommissionen åbent blevet opfordret til at tage sin praksis op til fornyet overvejelse, bl.a. på baggrund af den seneste udvikling i Fællesskabets retsorden, men fulgte ikke opfordringen [13].

40. Skønt en fordel indrømmet en eller flere virksomheder skal være finansieret ved hjælp af statsmidler for at kunne anses for statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF, er det derimod ifølge fast retspraksis ikke i alle tilfælde nødvendigt at påvise, at der har fundet en overførsel af sådanne midler sted [14]. At staten giver afkald på at opkræve indtægter, kan, selv om det ikke indebærer nogen direkte overførsel af statslige midler, ligeledes udgøre støtte som omhandlet i artikel 107 TEUF [15]. Domstolen har således fastslået, at en afgiftsfritagelse eller en skattebegunstigelse [16], en udskydelse af skat og, på visse betingelser, faciliteter til betaling af

5 — Dom af 7.6.1988, sag 57/86, Grækenland mod Kommissionen, Sml. s. 2855, præmis 12.

6 — Det skal dog bemærkes, at Domstolen allerede på dette tidspunkt ved to lejligheder havde fastslået, at der ikke var tale om støtte, efter at have konstateret, at fordelene ikke, direkte eller indirekte, blev tilstået ved hjælp af statsmidler; jf. dom af 24.1.1978, sag 82/77, van Tiggele, Sml. s. 25, præmis 24, og af 13.10.1982, forenede sager 213/81-215/81, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will m.fl., Sml. s. 3583, præmis 22.

7 — Jf. generaladvokat VerLoren van Themaats forslag til afgørelse i sagen Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will m.fl., generaladvokat Slynns forslag til afgørelse i sagen Grækenland mod Kommissionen og generaladvokat Darmons forslag til afgørelse forud for dom af 17.3.1993, forenede sager C-72/91 og C-73/91, Sloman Neptun, Sml. I, s. 887. Jf. mere for nylig generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse forud for dom af 23.3.2006, sag C-237/04, Enirisorse, Sml. I, s. 2843, punkt 44-53.

8 — Nævnt ovenfor i fodnote 7.

9 — Domstolen anførte nærmere i præmis 19, at »[s]ondringen mellem støtte ydet af staten og støtte ydet ved hjælp af statsmidler har til formål at sikre, at støttebegrebet ikke alene omfatter støtte ydet direkte af staten, men ligeledes støtte ydet af offentlige eller private organer, der er udpeget eller oprettet af staten«. I en senere dom bemærkede Domstolen, at betingelsen om overførsel af statsmidler ikke var trådt i stedet for betingelsen om, at de fordele, som ydes dem, der har gavn af de pågældende foranstaltninger, kan tilregnes staten, men supplerede denne betingelse; dom af 16.5.2002, sag C-482/99, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4397, præmis 24.

10 — Dom af 30.11.1993, sag C-189/91, Sml. I, s. 6185.

11 — Jf. dom af 1.12.1998, sag C-200/97, Ecotrade, Sml. I. s. 7907, præmis 36, hvori der var rejst spørgsmål om, hvorvidt den italienske lov om en procedure med særlig administration af større kriseramte virksomheder, som fraveg den almindelige konkursret, indeholdt elementer af støtte, og af 17.6.1999, sag C-295/97, Piaggio, Sml. I, s. 3735, der omhandlede den samme italienske lov. I overensstemmelse med samme retspraksis, om end med enkelte forskelle i det fulgte ræsonnement, jf. ligeledes dom af 7.5.1998, forenede sager C-52/97 - C-54/97, Viscido m.fl., Sml. I, s. 2629.

12 — Domstolens dom af 13.3.2001, sag C-379/98, Sml. I, s. 2099.

13 — Det er værd at bemærke, at udgifterne til den foranstaltning, som var omhandlet i den sag, der førte til PreussenElektra-dommen, hovedsagelig var pålagt private virksomheder, der drev forretning på det samme marked som støttemodtagerne, hvilket bevirkede en yderligere fordrejning af konkurrencen.

14 — Domstolens dom af 15.3.1994, sag C-387/92, Banco Exterior de España mod Ayuntamiento de Valencia, Sml. I, s. 877, præmis 14, af 27.6.2000, sag C-404/97, Sml. I, s. 4897, præmis 45, og af 16.5.2002, sag C-482/99, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4397, præmis 36.

15 — Jf. navnlig dommen i sagen Banco Exterior de España, præmis 14, og dom af 19.5.1999, sag C-6/97, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2981, præmis 16.

16 — Jf. dommen i sagen Banco Exterior de España, præmis 14, dommen af 19.5.1999 i sagen Italien mod Kommissionen, præmis 16, og dom af 19.9.2000, sag C-156/98, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 6857, præmis 26 og 27.

socialsikringsbidrag ydet skønsmæssigt til en virksomhed af et organ, der har til opgave at indkassere bidragene [17], levering af varer og tjenesteydelser på særligt gunstige vilkår [18], et faktisk afkald på offentlige fordringer og en fritagelse for forpligtelsen til at betale bøder eller økonomiske sanktioner [19] kan opfylde betingelsen om finansiering ved hjælp af statsmidler.

41. I Ecotrade-dommen anførte Domstolen desuden, at stillelsen af en statsgaranti kunne indebære »en supplerende byrde for de offentlige myndigheder« [20]; Bouygues har udtrykkeligt henvist til dette tilfælde i relation til erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002. Jeg henleder i den forbindelse opmærksomheden på, at Kommissionen i sin meddelelse om statsstøtte i form af garantier (herefter »meddelelsen om statsstøtte i form af garantier«) [21] understregede med hensyn til spørgsmålet om forpligtelse af statsmidler, »for at udelukke enhver tvivl« derom, at når staten ikke modtager betaling i form af en rimelig præmie for den risiko, den løber, »er der både tale om en fordel for virksomheden og et dræn på statens ressourcer«. Derfor »ydes [støtten] på det tidspunkt, hvor garantien stilles, ikke når garantien påberåbes, eller når der foretages udbetalinger i henhold til garantien«, og »selv om det viser sig, at staten aldrig kommer til at foretage udbetalinger i henhold til en garanti, kan der alligevel være tale om statsstøtte« [22]. At der anvendes statsmidler, følger derfor ikke af den – fremtidige og usikre – byrde, statsbudgettet vil skulle bære, hvis garantien indfris, men af, at staten, *uden en rimelig modydelse, påtager sig risikoen for et sådant tab*, hvilket ifølge Kommissionen udgør et nutidigt indtægtstab. Det er, nærmere bestemt, kombinationen af de nævnte to elementer – at staten påtager sig en risiko, og at der ikke betales en rimelig præmie – som bevirker, at der anvendes offentlige midler, når der stilles en garanti [23].

42. Endelig skal det nævnes, således som Bouygues korrekt har fremhævet, at Domstolen i Ecotrade-sagen fastslog, at selv en *fremtidig og potentiel* byrde for de offentlige myndigheder kan være tilstrækkelig til at opfylde betingelsen om anvendelse af statsmidler [24].

2. Kvalifikationen af den franske stats erklæringer af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 som støtte (første appelanbringende i sag C-299/10 P)

43. Ved Bouygues' første appelanbringende har selskaberne beskyldt Retten for med urette at have forkastet kvalifikationen af den franske stats erklæringer af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 som støtte. Anbringendet er delt i tre led. I det første led har Bouygues gjort gældende, at Retten begik fejl ved fastlæggelsen af, hvilke betingelser der skal være opfyldt, for at en erklæring om støtte kan indebære forpligtelse af statsmidler [jf. punkt a) nedenfor]. I det andet led har Bouygues påberåbt sig, at de nationale retsforskrifter blev gengivet urigtigt for Kommissionen [jf. punkt b) nedenfor].

17 — Dom af 29.7.1999, sag C-256/97, DM Transport, Sml. I, s. 3913.

18 — Dom af 11.7.1996, sag C-39/94, SFEI m.fl., Sml. I, s. 3547, præmis 59.

19 — Piaggio-dommen, præmis 41 og 42.

20 — Jf. dom af 1.12.1998, sag C-200/97, Ecotrade, Sml. I, s. 7907, præmis 43. Jf. ligeledes dom af 27.6.2000, sag C-404/97, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 4897, og Rettens dom af 13.6.2000, forenede sager T-204/97 og T-270/97, EPAC mod Kommissionen, Sml. II, s. 2267, hvori Retten bemærker, at »statens stillelse af en garanti ikke [er] undtaget fra forbuddet i traktatens artikel 92 alene af den grund, at der ikke sker en øjeblikkelig og sikker tildeling af statsmidler ved, at denne fordel ydes den begunstigede virksomhed« (præmis 81).

21 — EUT 2008 C 155, s. 10.

22 — Jf. i denne retning dommen.

23 — Så vidt jeg ved, har Domstolen endnu ikke taget udtrykkeligt stilling til dette spørgsmål (jf. dog dom af 8.12.2011, sag C-275/10, Residex Capital IV, Sml. I, s. 13043, hvori Domstolen i lighed med meddelelsen om statsstøtte i form af garantier fastslog, at støtteelementet bestod i de lavere økonomiske omkostninger, modtageren af statsgarantien skulle bære i forhold til dem, virksomheden skulle have båret, hvis den havde skullet skaffe sig finansieringen eller garantien til markedspris). For så vidt angår Retten, jf. dommen i sagen Epac mod Kommissionen, præmis 80 og 81. Jf. ligeledes, mere for nylig, dom af 19.10.2005, sag T-318/00, Freistaat Thüringen mod Kommissionen, Sml. II, s. 4179, præmis 125, og af 10.11.2011, sag T-384/08, Elliniki Nafpigokataskevastiki m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 2055, præmis 92, hvori der henvises til præmis 80 i dommen i -sagen EPAC mod Kommissionen.

24 — Domstolen bemærkede nemlig i præmis 41 i denne dom, at »når henses til fordringernes prioritet i forbindelse med aktiviteternes videreførelse«, kunne den tilladelse, virksomheder sat under særlig administration kunne få til at videreføre deres aktiviteter, »medføre en supplerende byrde for de offentlige myndigheder, hvis det faktisk blev konstateret, at staten eller offentlige organer figurerede blandt den kriseramte virksomheds hovedkreditorer«.

Endelig har Bouygues i det tredje led af deres første anbringende gjort gældende, at Retten foretog en fejlagtig kvalifikation, fordi den med urette ikke tog de økonomiske virkninger af den forventning, statens erklæringer havde skabt, i betragtning som anvendelse af offentlige midler [jf. punkt c) nedenfor].

a) Påstanden om, at Retten begik fejl ved fastlæggelsen af, hvilke betingelser der skal være opfyldt, for at en erklæring om støtte fra staten kan indebære anvendelse af statsmidler (første led af det første anbringende i sag C-399/10 P)

44. Inden for rammerne af det første led af Bouygues' første appelanbringende har selskaberne, uden at bestride betingelsen om finansiering af støtten ved hjælp af statsmidler som sådan, anfægtet de af Retten stillede krav til beviset for, at den er opfyldt, for så vidt angår erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002. For det første var det fejlagtigt, når Retten fastslog, at erklæringerne ikke udgjorde støtte, fordi risikoen for, at der ville blive anvendt offentlige midler, var fremtidig og usikker. For det andet er det, i modsætning til Rettens opfattelse, ikke afgørende for, at der ikke er tale om forpligtelse af statsmidler, at de nærmere betingelser for statens indgreb og størrelsen af det garanterede beløb ikke er nærmere fastlagt, eftersom garantibegrebet ikke er begrænset til de klassiske garantier, som er fastsat i og reguleres af national ret. Endelig har Bouygues gjort gældende, at det var fejlagtigt, når Retten fandt, at det er en forudsætning for at påvise, at der er tale om anvendelse af statsmidler, at der foreligger et tilsagn, som er retligt bindende for staten.

45. Ovennævnte klagepunkter er rettet mod præmis 279 og 280 i den appellerede dom. I præmis 279 drager Retten efter at have undersøgt karakteren af erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 (præmis 272-278 i den appellerede dom) den konklusion, at de »på grund af deres åbne, upræcise og betingede karakter, navnlig med hensyn til, af hvilken art et eventuelt statsligt indgreb til fordel for FT ville være, hvilken rækkevidde det ville have, og på hvilke betingelser det ville blive foretaget [...], ikke kan sidestilles med en statslig garanti eller fortolkes således, at de udtrykte et uigenkaldeligt tilsagn om at yde FT en bestemt støtte«. Retten fortsætter med i den følgende præmis at bemærke, at »en konkret, ubetinget og uigenkaldelig forpligtelse af offentlige midler fra den franske stats side ville have forudsat, at det i erklæringerne udtrykkelig var angivet, enten nøjagtig hvor store beløb der ville blive investeret, hvilke konkrete gældsposter der ville blive garanteret, eller, i det mindste, hvor stor en finansiel ramme der på forhånd var fastlagt, såsom en kreditlinje på et bestemt beløb, samt på hvilke betingelser den påtænkte støtte ville blive ydet«.

46. Det skal indledningsvis nævnes, at de af Rettens bemærkninger, der gengives i det foregående punkt, hænger sammen med en undersøgelse af den relevante nationale ret, som Retten først foretager i præmis 283 ff. i den appellerede dom. Jeg må tilstå, at Rettens fremgangsmåde, der består i at undersøge, om en erklæring om støtte fra staten indebærer en retligt bindende forpligtelse, som kan føre til anvendelse af statsmidler, uden at henholde sig til de relevante bestemmelser i den nationale ret, som finder anvendelse, undrer mig.

47. Desuden har jeg – forudsat at en sådan undersøgelse er acceptabel – grundlæggende forbehold over for de krav, Retten fastlægger i den appellerede doms præmis 280. De forekommer mig nemlig urimeligt restriktive, idet de fører til, at det må udelukkes, at støtteforanstaltninger kan medføre overførsel af statsmidler, selv om deres økonomiske virkninger kan sidestilles med de økonomiske virkninger af en statsgaranti [25], hvis deres nøjagtige rækkevidde for så vidt angår den finansielle risiko

25 — Som eksempler kan nævnes implicitte garantier, som følger af de særlige bestemmelser, modtageren er omfattet af, og hensigts- eller hæftelseserklæringer. Det skal fremhæves i den forbindelse, at begrebet »garanti« som omhandlet i meddelelsen om statsstøtte i form af garantier ved anvendelsen af denne meddelelse omfatter enhver støtteforanstaltning, hvis økonomiske virkninger svarer til en garantis, og som følger enten af en bestemmelse i den nationale ret eller af myndighedernes handlinger. Kommissionen skelner således bl.a. mellem garantier, der udspringer af et »aftaleretligt forhold« eller »andre juridiske forhold«, og »garantier i en mindre synlig form«, på hvilke der som eksempel nævnes »mundtlige tilsagn«.

for statsbudgettet endnu ikke kan måles på det tidspunkt, hvor de vedtages [26], *også selv om sådanne foranstaltninger i henhold til den relevante nationale ret afføder en retligt bindende forpligtelse for staten*. Principielt at udelukke dette mener jeg er uberettiget, navnlig på baggrund af den praksis ved Domstolen, hvorefter det ved kvalificeringen af en foranstaltning som statsstøtte skal tages i betragtning, hvilke virkninger den kan afføde [27].

48. Jeg finder det dog unødvendigt at undersøge dette spørgsmål yderligere. Rettens forkastelse af Bouygues' påstand om, at erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 udgjorde statsstøtte, bygger nemlig hovedsagelig på andre grunde end dem, der er anført i præmis 279 og 280 i den appellerede dom. Således som jeg forklarer i det følgende, mener jeg, at Bouygues' klagepunkter vedrørende disse grunde må forkastes i det hele, og selv om jeg er nået frem til, at Retten begik en retlig fejl i førnævnte præmis 280, ville denne fejl derfor ikke i sig selv være tilstrækkelig til at føre til ophævelse af den appellerede dom.

49. Herefter går jeg over til at behandle de klagepunkter, Bouygues har fremført vedrørende begrundelsen for, at Retten i den appellerede dom fastslog, dels, på grundlag af bestemmelserne i den franske civilret og forvaltningsret, at erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 ikke havde medført en retligt bindende forpligtelse for staten [jf. punkt b) nedenfor], dels at erklæringerne ikke havde kunnet indebære forpligtelse af statsmidler, også selv om der ikke var tale om en retlig forpligtelse [jf. punkt c) nedenfor].

b) Påstanden om urigtig gengivelse af de for Kommissionen fremstillede nationale retsforskrifter (andet led af det første anbringende i sag C-399/10 P)

50. Bouygues har gjort gældende, at det var på grundlag af en urigtig gengivelse af de nationale retsforskrifter, som var blevet forelagt den, at Retten fandt, at visse aspekter af erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 – nemlig at de ikke indeholdt en præcis, klar og konkret angivelse af, hvilke midler der ville blive taget i anvendelse for at afhjælpe FT's finansieringsproblemer, at de var betinget af, at FT stødte på finansieringsvanskeligheder, og at de tog sigte på fremtiden – var til hinder for at fastslå, at der forelå en retlig forpligtelse for staten i henhold til fransk forvaltningsret eller civilret.

51. Det skal nævnes, at Domstolen for nylig har udtalt sig om grænserne for den kontrol, som den inden for rammerne af en appel foretager af, hvad Retten har fastlagt vedrørende en medlemsstats nationale ret [28]. Domstolen bemærkede bl.a., at den har »kompetence til først at efterprøve, at Retten på grundlag af de dokumenter og andre oplysninger, som er blevet fremlagt for den, ikke har foretaget en urigtig gengivelse af ordlyden af de pågældende nationale bestemmelser eller af den nationale retspraksis, som er relevant for dem, eller endog af den retsvidenskabelige litteratur, som vedrører dem, og derefter at Retten i forhold til disse oplysninger ikke har foretaget konstateringer, der er

26 — Det kan nævnes i denne forbindelse, at de krav, der opstilles i præmis 280 i den appellerede dom, og hvorefter rækkevidden af den stillede garanti skal kunne måles på det tidspunktet, hvor den ydes, indgår i de betingelser, som angives i punkt 3.2 i meddelelsen om statsstøtte i form af garantier, og som skal være opfyldt, for at princippet om den private investor i en markedsøkonomi er overholdt. Da der, med andre ord, ikke stilles de samme krav til udformningen af den finansielle ramme for støtteforanstaltningen, finder Kommissionen, at foranstaltningen kan udgøre støtte, hvorimod Retten finder, at den ikke er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 107 TEUF, da det ikke er påvist, at der foreligger forpligtelse af statsmidler.

27 — Dom af 2.7.1974, sag 173/73, Italien mod Kommissionen, Sml. s. 709, præmis 27, af 24.2.1987, sag 310/85, Deufil mod Kommissionen, Sml. s. 901, præmis 8, og af 26.9.1996, sag C-241/94, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4551, præmis 20. Hvad mere specifikt angår den statslige støttes form, jf. dom af 14.11.1984, sag 323/82, Intermills mod Kommissionen, Sml. s. 3809, præmis 31, og af 3.10.1991, sag C-261/89, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 4437, præmis 8, samt dommen i sagen Tyskland mod Kommissionen, præmis 25. Denne mangel på formalisme afspejler sig i øvrigt ligeledes i selve begrebet »statsmidler«, som ifølge Domstolen »omfatter alle økonomiske midler, som den offentlige sektor faktisk kan anvende til at støtte virksomheder«, jf. dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen, præmis 37, hvori den brede definition, Domstolen gav, havde til formål også at lade definitionen omfatte offentlige virksomheders økonomiske midler, som ganske vist ikke permanent er i den offentlige finansforvaltnings besiddelse, men som dog til stadighed er undergivet statslig kontrol.

28 — Domstolens dom af 5.7.2011, sag C-263/09 P, Edwin mod KHIM, Sml. I, s. 5853. I den pågældende sag havde sagsøgeren påberåbt sig tilsidesættelse af en national retsforskrift, som en henvisning i en bestemmelse i EU-retten havde gjort anvendelig på tvisten.

åbenbart i strid med oplysningernes indhold, og endelig at Retten ved bedømmelsen af alle oplysningerne for at fastlægge indholdet af den pågældende nationale lovgivning ikke har tillagt en af dem en betydning, som ikke kan udledes deraf i forhold til de øvrige oplysninger, for så vidt som dette fremgår åbenbart af sagsakterne« [29].

52. I det foreliggende tilfælde har Bouygues til støtte for selskabernes klagepunkt om urigtig gengivelse for det første henvist til en juridisk udtalelse, som Kommissionen havde indhentet og bilagt sine skriftlige indlæg for Retten. Det fremgår af udtalelsen, at et tilsagn om, at der vil blive nået et klart og præcist resultat, efter fransk ret afføder en resultatforpligtelse, og at det er uden betydning, at der mangler præcision eller klarhed med hensyn til, med hvilke midler resultatet skal nås.

53. I modsætning til hvad FT har hævdet, kan dette argument antages til realitetsbehandling, eftersom det indgår i et anbringende om, at Kommissionen havde fejlfortolket fransk ret, som Bouygues havde fremsat i første instans. Hvad realiteten angår må Bouygues' argumentation forkastes, i den udstrækning selskaberne ønsker at påberåbe sig urigtig gengivelse af indholdet af ovennævnte juridiske udtalelse, da Bouygues ikke har forklaret, hvori den urigtige gengivelse består, og da dette ikke kan udledes af den blotte konstatering af, at Retten ikke fulgte den i udtalelsen udtrykte opfattelse. Derimod fremgår det, i den udstrækning Bouygues støtter selskabernes påstand om urigtig gengivelse af de nationale retsforskrifter på den pågældende juridiske udtalelse, dels af selve ordlyden af udtalelsen, at dens forfatter kun udtrykker den opfattelse, at erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 *formentlig* kan kvalificeres som et hæftelsestilsagn (»engagement de patronage«) i henhold til fransk handelsret [30]. Dels fremgår det ligeledes af udtalelsen – således som Retten bemærker i præmis 283 i den appellerede dom – at den nævnte opfattelse har som forudsætning, at erklæringerne udtrykker et klart og præcist, om end relativt ubestemt, tilsagn fra statens side, hvilket Retten netop afviste i præmis 272-278 i den appellerede dom [31]. Det samme gælder cour de cassations dom af 9. juli 2002 i Lordex-sagen, hvortil der henvises i udtalelsen [32].

54. For det andet har Bouygues gjort gældende, at statslige erklæringer om støtte til en virksomhed ifølge de for Retten fremlagte bestemmelser i fransk forvaltningsret kan forpligte staten retligt.

55. Bouygues har indledningsvis hævdet, at det »er fastslået i forvaltningsretlig praksis, at statslige tilsagn har bindende virkning«. Bouygues har navnlig henvist til den dom, Conseil d'État afsagde den 30. juni 1922 i sagen Lamiable m.fl., og hvorefter det, for at der er tale om et statsligt tilsagn, er tilstrækkeligt, at forvaltningen har handlet således, at »det har skabt overbevisning om«, at staten vil handle på en bestemt måde. Ifølge Bouygues finder denne dom anvendelse i det foreliggende tilfælde, hvor – således som Retten selv medgav – erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 skabte en forventning i markedet. Det skal bemærkes herom, at Bouygues fremsatte det samme argument for Retten, som forkastede det i præmis 284 i den appellerede dom, i det væsentlige fordi det forudsætter, at erklæringerne kan anses for tilstrækkeligt klare, præcise, ubetingede og konkrete, hvilket Retten afviste i samme doms præmis 272-278. Det fremgår af ordlyden af dommen i sagen Lamiable m.fl. og af de øvrige af Conseil d'État afsagte domme, hvortil Bouygues har henvist, og som

29 — Ibidem, præmis 53.

30 — Nævnte udtalelses forfatter drager således den konklusion i de passager i udtalelsen, hvortil Bouygues har henvist, at »det *forekommer* påviseligt, at de statslige erklæringer, som blev fremsat i perioden fra juli til december 2002, rent faktisk har karakter af en garanti i form af et ensidigt tilsagn, som, skønt det er atypisk, *formentlig* kan kvalificeres som et hæftelsestilsagn« (min fremhævelse).

31 — De konklusioner, Retten når frem til, hvorefter de statslige erklæringer om støtte til FT var vage, upræcise og betingede, følger af faktuelle vurderinger, hvorom Bouygues ikke direkte og udtrykkeligt har fremsat noget anbringende om urigtig gengivelse – det er vedrørende de relevante franske retsforskrifter, at dette er blevet påberåbt.

32 — I denne dom afviste den franske cour de cassation kvalifikationen »kaution«, men fastslog, at der forelå en retlig resultatforpligtelse i relation til en hensigtserklæring fra et moderselskab, hvori det hed: »Vi vil, fra dags dato, drage omsorg for, at denne transaktion forløber efter hensigten [...] og vi vil over for Dem gøre, hvad der er nødvendigt for at gennemføre den.«

er bilagt selskabernes skriftlige indlæg [33], at Retten ikke foretog en åbenbart fejlagtig fortolkning af denne retspraksis, og at den ikke gengav dens betydning urigtigt, da den fandt, at det ifølge den nævnte retspraksis medfører et ansvar for forvaltningen, at der er givet de undergivne et præcist tilsagn eller udvist en adfærd, som klart lader forstå, at forvaltningen agter at handle på en bestemt måde. Der er derfor ikke grundlag for det argument, Bouygues støtter på denne retspraksis.

56. Endvidere har Bouygues henvist til økonomi-, finans- og industriministeriets cirkulære af 22. juli 2003 om statens afgivelse af implicitte eller eksplicitte garantier og den cirkulæret bilagte forklaring. Det fremgår af disse dokumenter, at en statslig garanti kan have form af en »implicit garanti«, der defineres som en administrativ retsakt, som »giver anledning til og indebærer økonomiske konsekvenser for staten«, at den bl.a. kan følge af en »ministeriel skrivelse eller ethvert andet grundlag«, og at selv garantier, der gives uden gyldigt retsgrundlag, ikke desto mindre kan »skabe rettigheder for dem, garantierne gives«. Hvad dette angår skal det bemærkes, at Retten fastslår i præmis 285 i den appellerede dom, at Bouygues ikke kan påberåbe sig det nævnte cirkulære og den nævnte forklaring, eftersom erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 »intet indeholdt, der gav grundlag for at fastslå, at der forelå en implicit garanti fra den franske stat til fordel for FT«, og henviser til præmis 284 i samme dom [34], hvori den afviser, at den forvaltningsretlige praksis, hvortil Bouygues har henvist, finder anvendelse. Heraf følger, at Bouygues for at gendrive Rettens indvending om, at cirkulæret og forklaringen til det er irrelevante, skulle have modbevist konklusionerne i den nævnte præmis 284. Bouygues' argumenter kan imidlertid ikke føre til dette resultat.

57. De argumenter, Bouygues har fremført til støtte for dette andet led af selskabernes første appelanbringende, underbygger ikke, at de franske retsforskrifter som påstået blev gengivet urigtigt. Generelt er den konklusion, hvortil Retten nåede, og hvorefter statens erklæringer om støtte til FT var vage, upræcise og betingede, til hinder for at fastslå, at der er grundlag for de nævnte argumenter. Dels følger konklusionen af faktuelle vurderinger, imod hvilke Bouygues ikke direkte og udtrykkeligt har fremsat noget anbringende om urigtig gengivelse. Dels har Bouygues' argumenter ikke til formål, og viser under alle omstændigheder ikke, at de franske civile domstole eller forvaltningsdomstole åbenbart har foretaget en faktuelt anderledes vurdering af sådanne erklæringers karakter.

58. Dette led af Bouygues' første appelanbringende må følgelig forkastes.

c) Påstanden om, at Retten foretog en fejlagtig kvalifikation ved med urette ikke at tage de økonomiske virkninger af den forventning, statens erklæringer havde givet anledning til, i betragtning som anvendelse af statsmidler (tredje led af det første anbringende i sag C-399/10 P)

59. Inden jeg undersøger det tredje led af Bouygues' første appelanbringende, er det hensigtsmæssigt at behandle det tredje klagepunkt, selskaberne har fremført inden for rammerne af det første led af samme anbringende, og hvorefter det var fejlagtigt, når Retten fandt, at der skulle foreligge et retligt bindende tilsagn, for at det kunne fastslås, at der blev anvendt statsmidler. Ifølge Bouygues er det, da det er uden betydning, hvilken form statens indgreb har, og det kun er dets virkninger, som skal tages i betragtning, tilstrækkeligt for at påvise, at der er tale om anvendelse af offentlige midler, at der

33 — Ud over ovennævnte dom i sagen Lamiable m.fl., der blev fremlagt for Retten, har Bouygues bl.a. bilagt deres appelskrift Conseil d'États dom af 3.3.1993, Comité central d'entreprise de la société d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes, og af 26.10.1973, Société civile immobilière »Résidence Arcole«, som begge citeres og kommenteres af advokat Sureau i dennes udtalelse af 14.1.2004, der var bilagt stævningen i første instans.

34 — I denne præmis drog Retten den konklusion, at »det [ikke var] blevet fastslået, at erklæringerne [af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002] på grund af deres indhold udgjorde et [...] retligt bindende og ubetinget tilsagn fra den franske stat om at støtte FT«.

foreligger en finansiel økonomisk risiko, også selv om risikoen ikke skyldes en retlig forpligtelse, der følger af indgrebet. Den Franske Republik er uenig i denne argumentation og har som belæg påberåbt sig Domstolens dom i sagen Østrig mod Kommissionen [35] og Rettens dom i sagen Fleuren Compost mod Kommissionen [36].

60. I den sag, der førte til den første af de nævnte domme, havde Kommissionen gjort gældende, at Republikken Østrig ikke kunne påberåbe sig Lorenz-dommene, da den, inden den omtvistede støtte var blevet anmeldt, havde afgivet et ubetinget og retligt bindende tilsagn til støttemodtageren om, at den ville yde støtten, hvilket svarede til at gennemføre den. Ifølge Kommissionen havde et sådant tilsagn efter østrigsk ret samme virkninger som en lovgivning, hvorved der indføres en støtte, eftersom tilsagnet retligt forpligtede de østrigske myndigheder til at yde den lovede støtte. Om dette argument anførte Domstolen blot, at de østrigske myndigheder udtrykkeligt havde gjort tildelingen af støtten betinget af Kommissionens forudgående godkendelse, og at Kommissionen følgelig ikke havde godtgjort, at der var givet et ubetinget, og derfor ifølge østrigsk ret retligt bindende, tilsagn om støtten, inden den blev anmeldt. Fleuren Compost-sagen rejste derimod spørgsmålet om, hvornår den omhandlede støtte var blevet ydet: da de nederlandske myndigheder fremsendte en bekræftelse på den af sagsøgeren indgivne støtteansøgning, således som denne hævdede, eller, således som Kommissionen derimod hævdede, da beslutningen om at tildele støtten blev truffet, efter at ansøgningen var blevet behandlet. Retten fastslog, at det relevante kriterium var »det juridisk bindende dokument, hvormed de kompetente [nationale] myndigheder tilkender støtte« [37].

61. I lighed med Bouygues mener jeg ikke, at ovennævnte domme kan tillægges den betydning og rækkevidde, den franske regering tillægger dem. Navnlig mener jeg ikke, at det kan udledes af dommen i sagen Østrig mod Kommissionen, at »der heri fastsættes et generelt princip, hvorefter det er forudsætning for, at der er tale om støtte, at der foreligger et retligt bindende tilsagn«, således som den nævnte regering har gjort gældende. I denne dom tages der nemlig, på samme måde som i dommen i sagen Fleuren Compost-sagen, ikke stilling til støttebegrebet, idet dommen udelukkende drejer sig om, hvornår en påtænkt støtteforanstaltning kan anses for ydet, således at det kan afgøres, hvilke retsforskrifter den er omfattet af [38]. Endvidere var det eneste spørgsmål, Kommissionen havde rejst, og som Domstolen prøvede, i dommen i sagen Østrig mod Kommissionen, hvorvidt det tilsagn om at yde støtten, som de østrigske myndigheder havde afgivet, efter østrigsk ret havde affødt en retligt bindende forpligtelse for staten til at handle på den nævnte måde. Der rejste sig derimod på intet tidspunkt det spørgsmål, om der kunne være tale om forpligtelse af statsmidler, selv hvis der ikke havde foreligget en sådan forpligtelse. Endelig blev det, således som Bouygues korrekt har fremhævet, ikke fastslået i nogen af sagerne – og var heller ikke blevet påstået – at de omhandlede dokumenter (tilsagnet om at yde støtte i sagen Østrig mod Kommissionen og bekræftelsen af modtagelse af støtteanmodningen i sagen Fleuren Compost) havde givet de kommende støttemodtagere nogen form for fordel, hvilket derimod er tilfældet med hensyn til erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002.

62. Efter denne præcisering – og skønt den franske regerings standpunkt, hvorefter et retligt bindende tilsagn fra staten altid er en forudsætning for, at en støtteforanstaltning til fordel for en virksomhed kan anses for ydet ved hjælp af statsmidler, ikke overbeviser mig fuldstændig [39] – finder jeg det unødvendigt at behandle dette spørgsmål yderligere, eftersom Retten ikke desto mindre undersøgte i

35 — Domstolens dom af 15.2.2001, sag C-99/98, s. 1101.

36 — Rettens dom af 14.1.2004, sag T-109/01, Sml. II, s. 127.

37 — Præmis 74.

38 — I dommen i sagen Østrig mod Kommissionen havde det spørgsmål rejst sig, om den omhandlede foranstaltning skulle anses for en ny eller en eksisterende støtte, mens det i dommen i sagen Fleuren Compost drejede sig om at fastslå, om den omhandlede foranstaltning var eller ikke var omfattet af en støtteordning, som Kommissionen tidligere havde godkendt.

39 — På baggrund af den retspraksis, hvortil der henvises i punkt 47 ovenfor, og hvorefter en foranstaltnings virkninger skal tages i betragtning, når den kvalificeres som statsstøtte, kunne man nemlig finde anledning til at mene, at betingelsen om anvendelse af statsmidler er opfyldt, når staten har handlet således, at det har medført en byrde for statsbudgettet, idet det *reelt*, om ikke retligt, har udsat dette for en tilstrækkelig konkret finansiel risiko.

præmis 288 i den appellerede dom, om det tilsagn, som erklæringerne fra og med juli 2002 angiveligt udgjorde, havde indebåret overførsel af statsmidler, »*også selv om det ikke var retligt bindende i henhold til den nationale ret*«[40]. Det tredje led af Bouygues' første anbringende drejer sig netop om denne prøvelse.

63. I dette led har Bouygues i det væsentlige gjort gældende, at Retten efter at have fastslået, at den franske stat ved erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 med henblik på at genoprette markedernes tillid havde iværksat en strategi baseret på statens omdømme som en betalingsdygtig pålidelig kreditor og debitor, derpå så bort fra den logiske konsekvens af denne strategi, nemlig at den franske stat ville have mistet troværdighed på markederne, hvis den havde undladt at opfylde den forventning, den således havde skabt. Bouygues har peget på, at Kommissionen i den anfægtede beslutning vurderede på grundlag af en økonomisk rapport, den havde bestilt, at en sådan forringelse af statens omdømme repræsenterede en meget stor omkostning for den. Da der var tale om et kompliceret økonomisk spørgsmål, rådede Kommissionen over et skøn, og det tilkom ikke Retten at sætte sin egen vurdering i stedet for Kommissionens.

64. Det skal indledningsvis nævnes, at Kommissionen efter i 214.-218. betragtning til den anfægtede beslutning at have undersøgt såvel spørgsmålet om, hvorvidt erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 havde været bindende i henhold til national ret, som spørgsmålet om, hvorvidt de kunne have sat statens troværdighed på spil, i 218. betragtning drog den konklusion, at »[de nævnte omstændigheder som helhed kan] opfattes således, at de har udgjort en reel risiko for statens midler (ved enten at have påført staten et ansvar over for investorerne eller at have forøget omkostningerne ved dens fremtidige transaktioner)«, og at »[f]ortolkningen af erklæringerne fra og med juli 2002 som støtte [således er] nydannende, men formentlig ikke uden grundlag«. I 219. betragtning til den anfægtede beslutning fandt Kommissionen imidlertid, at den »ikke uigendriveligt [kunne] bevise, at der var tale om støtte, på dette grundlag«. Heraf følger – således som Retten korrekt bemærkede i præmis 288 i den appellerede dom – at Kommissionen i sidste instans afstod fra at tage endelig stilling til, om de nævnte erklæringer havde kunnet føre til, at staten mistede troværdighed på finansmarkederne, hvilket ville have medført en finansiel risiko for den i form af en forøgelse af omkostningerne ved fremtidige transaktioner. Bouygues kan derfor ikke med føje hævde, at Retten satte sin egen vurdering i stedet for Kommissionens, da den anførte i præmis 288 i den appellerede dom, at det »ikke [var] blevet fastslået, at det tilsagn, der angiveligt fulgte af erklæringerne fra og med juli 2002, indebar overførsel af statsmidler, også selv om det ikke var retligt bindende i henhold til den nationale ret«.

65. Endvidere finder jeg, at Bouygues ved at beskylde Retten for ikke at have taget følgevirkningerne for de offentlige finanser af den forventning, de omhandlede erklæringer havde skabt på markedet, i betragtning og derved at have tilsidesat den praktiske betydning af artikel 107, stk. 1, TEUF reelt har anmodet Retten om at foretage en ny vurdering af de faktiske omstændigheder. Retten fastslog nemlig i præmis 288 i den appellerede dom, at »[s]elv hvis det forudsættes [...] at det kunne bringe den franske stats troværdighed og omdømme på finansmarkederne i fare, at den ikke holdt et eventuelt løfte om at yde støtte, er det i det foreliggende tilfælde ikke blevet godtgjort, at erklæringerne fra og med juli 2002 indeholdt et præcist, ubetinget og konkret tilsagn til fordel for FT, som kunne have sådanne skadelige konsekvenser«. Retten fortsætter med at bemærke, at »de franske myndigheders adfærd fra og med juli 2002 netop [tog] sigte på at undgå sådanne konsekvenser ved at lade herske tvivl om, af hvilken art [den franske stats] eventuelle fremtidige indgreb ville være, hvilken rækkevidde det ville have, og på hvilke betingelser det ville blive foretaget«. På samme måde anførte Retten i præmis 282 i den appellerede dom efter at have fastslået, at den franske stat ved de nævnte erklæringer havde ønsket aktivt at påvirke finansmarkederne for at genoprette deres tillid med henblik på at forberede

40 — Min fremhævelse.

refinansieringen af FT's gæld, at den omstændighed, at »den franske stat i en sådan sammenhæng gjorde brug af sit særlige omdømme på finansmarkederne, [ikke] i sig selv [var] tilstrækkeligt til at godtgøre, at dens midler var udsat for en risiko af en sådan art, at det udgjorde en overførsel af statsmidler«.

66. Det må fastslås, at Retten, i modsætning til hvad Bouygues har gjort gældende, faktisk tog den mulighed i betragtning, at de omkostninger, en eventuel forringelse af statens troværdighed over for finansmarkederne ville have medført, kunne have repræsenteret en forpligtelse af statsmidler, men at den udelukkede den i det foreliggende tilfælde, fordi staten ikke havde handlet således, at det konkret havde kunnet bringe den nævnte troværdighed i fare. Også denne konklusion bygger på faktuelle vurderinger af indholdet og karakteren af de omhandlede erklæringer. Da der ikke er fremsat noget klagepunkt, som udtrykkeligt vedrører urigtig gengivelse af erklæringernes indhold, falder sådanne vurderinger uden for Domstolens prøvelse.

67. Af de ovennævnte grunde finder jeg, at det tredje klagepunkt i det første led af Bouygues' første anbringende samt anbringendets tredje led må forkastes.

d) Konklusion for så vidt angår det første anbringende i sag C-399/10 P

68. På baggrund af de ovenstående betragtninger i det hele foreslår jeg Domstolen, at den forkaster det første appelanbringende i sag C-399/10 P vedrørende fejl i forbindelse med kvalifikationen af den franske stats erklæringer af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 som støtte i dets helhed.

3. Kvalifikationen af aktionærlånet som støtte (andet appelanbringende i sag C-399/10 P og andet appelanbringende i sag C-401/10 P)

69. Bouygues og Kommissionen har ud fra forskellige synsvinkler, men med argumenter, som i vid udstrækning er sammenfaldende, anfægtet det ræsonnement, der i den appellerede dom foranledigede Retten til at fastslå, at Kommissionen ikke i fornødent omfang havde godtgjort, at det aktionærlån, den franske stat havde tildelt FT, udgjorde støtte, og til at annullere den anfægtede beslutnings artikel 1. Nedenfor samler jeg de forskellige klagepunkter og argumenter, som appellanterne har fremsat herom i appelskrifterne, og behandler dem samlet.

a) Påstanden om, at Retten begik fejl ved at kræve det påvist, at der havde været en tæt forbindelse mellem fordelen og forpligtelsen af statsmidler (første og andet underled af det første led af det andet appelanbringende i sag C-399/10 P og første led af det andet appelanbringende i sag C-401/10 P)

70. Bouygues og Kommissionen anerkender, at der, for at det kan fastslås, at der foreligger statsstøtte som omhandlet i artikel 107 TEUF, skal kunne påvises en forbindelse mellem fordelen og forpligtelsen af statsmidler, men har anfægtet den holdning, Retten indtog i den appellerede dom, hvorefter der skal være en tæt forbindelse mellem de to elementer. Denne opfattelse, som de mener er helt ny, savner ikke kun belæg i Domstolens og Rettens praksis, men modsiges ligeledes af denne.

71. Det aktuelle klagepunkt er hovedsagelig rettet mod præmis 262 i den appellerede dom, hvori Retten efter at have erindret om, at fordelen skal hidrøre fra en overførsel af statsmidler, fortsætter med at bemærke, at »[d]ette krav om en forbindelse mellem den påviste fordel og forpligtelsen af statsmidler forudsætter i princippet, at fordelen er *snævert knyttet til en [dertil svarende] byrde*, som

belaster statsbudgettet [...]«[41]. Til støtte for denne bemærkning henviser Retten til præmis 21 i Sloman Neptun-dommen, præmis 27 i dommen i sagen Tyskland mod Kommissionen[42] og præmis 58 i PreussenElektra-dommen.

72. Indledningsvis rejser det spørgsmål sig, hvad Retten præcis mener, når den anfører, at fordelen skal være snævert knyttet til »en dertil svarende byrde« eller, andre steder i den appellerede dom, at den skal »[svare] til en byrde« (præmis 297) eller have »en tilsvarende formindskelse af statsbudgettet« som modstykke (præmis 309). FT og den tyske og den franske regering mener, at Retten blot gentager kravet om, at fordelen skal være ydet direkte eller indirekte ved hjælp af statsmidler, hvorimod Bouygues og Kommissionen har gjort gældende, at den af Retten foreskrevne forbindelse er mere end en blot en forbindelse, idet der skal være »sammenfald« mellem fordelen og de midler, der frigøres, herunder hvad deres beløb angår.

73. For mit vedkommende er jeg ikke overbevist om, at Retten virkelig ønskede at fastslå, at det skal kunne påvises, at fordelen og byrden svarer til hinanden i økonomisk forstand, men jeg mener dog heller ikke, at den, således som bl.a. FT har gjort gældende, kun fastslog, at der blot skal foreligge bevis for en sammenhæng mellem de to. Som anvendt i den appellerede dom indebærer Rettens opfattelse af, hvilken forbindelse der skal være mellem fordel og byrde, en så snæver forbindelse, at en given byrde, som belaster statsbudgettet, kun kan svare til en forud defineret form for fordel; heraf følger, at der ikke er nogen forbindelse, når fordelen og byrden ikke er samme art.

74. Skønt der ifølge retspraksis skal være en forbindelse mellem fordelen og den byrde, der belaster statsbudgettet, i den forstand at kun fordele, som »direkte eller indirekte ydes ved hjælp af statsmidler«[43], eller som »udgør en supplerende byrde for staten«[44], udgør støtte som omhandlet i artikel 107 TEUF, kræves det derimod ikke i retspraksis, således som Retten fortolker denne i den appellerede dom, at der mellem fordelen og byrden kan påvises en tæt forbindelse. Navnlig er der ikke belæg for et sådant krav i de domme, hvortil der henvises i præmis 71 ovenfor, og som Retten henviser til i præmis 262 i den appellerede dom.

75. Således som jeg anførte i punkt 39 ovenfor, betegner den første af disse domme, nemlig Sloman Neptun-dommen, en vigtig etape i Domstolens praksis, idet den endeligt lagde afstand til en fortolkning af traktatens artikel 92, hvorefter offentlig finansiering ikke blev anset for at være en nødvendig forudsætning for at kvalificere en foranstaltning, der kunne tilregnes staten, som støtte. Domstolen fremhævede således i præmis 19 i denne dom, at »kun de fordele, som direkte eller indirekte ydes ved hjælp af statsmidler, [skal] betragtes som støtte efter EØF-traktatens artikel 92, stk. 1«, hvorimod »fordele, der indrømmes ved hjælp af andre midler end statsmidler«, ikke er omfattet af denne bestemmelses anvendelsesområde. I den sag, som førte til dommen, var der tale om en national lovgivning, som regulerede de kontraktlige forhold mellem visse rederier og deres ansatte. I præmis 21 i dommen, hvortil der henvises i præmis 262 i den appellerede dom, fastslog Domstolen, at den pågældende ordning i betragtning af sit formål og sin opbygning ikke tilsigtede »at skabe en fordel, der udgør en supplerende byrde for staten [...]«, og bemærkede, at konsekvenserne af ordningen hvad angår bl.a. tabet i skatteindtægter var »uadskilleligt forbundet med [den]«, og »ikke [udgjorde] noget middel til at yde de pågældende virksomheder en bestemt fordel«. Rettens standpunkt, hvorefter der skal være en tæt forbindelse mellem fordelen og de forpligtede midler i den betydning, der angives i

41 — Min fremhævelse.

42 — Dom af 19.9.2000, sag C-156/98, Sml. I, s. 6857, præmis 27.

43 — Jf. bl.a. Sloman Neptun-dommen, PreussenElektra-dommen, dommen i sagen Tyskland mod Kommissionen, Kirsammer-Hack-dommen, dommen i sagen Viscido og Ecotrade samt dom af 5.3.2009, sag C-222/07, UTECA, Sml. I, s. 1407, hvorefter en generel ordning, som pålægger tv-selskaberne at afsætte en del af deres driftsindtægter til præfinansiering af spille- og tv-film, ikke skal kvalificeres som støtte, og af 8.9.2011, sag C-279/08 P, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 7671, præmis 103.

44 — Jf. Piaggio-dommen, præmis 34 og 35, og Domstolens dom af 15.7.2004, sag C-501/00, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 6717, præmis 91 og 92.

præmis 72 ovenfor, underbygges ikke i de ovenfor gengivne passager, hvori Domstolen i det væsentlige kun bemærkede, at en fordel som den, den pågældende lovgivning indebar for rederierne, ikke kan betragtes som tilstået ved hjælp af statsmidler, blot fordi det indirekte medfører et tab i skatteindtægter, at staten har valgt at regulere en given sektor på en bestemt måde.

76. I præmis 58 i PreussenElektra-dommen, hvortil Retten ligeledes henviser i den appellerede doms præmis 262 og, længere fremme, i præmis 308, gengiver Domstolen indholdet af præmis 19 i Sloman Neptun-dommen og gentager, at fordelen skal være ydet »direkte eller indirekte [...] ved hjælp af statsmidler«. I PreussenElektra-dommen, hvori Domstolen var blevet forelagt et præjudicielt spørgsmål om en medlemsstats lovgivning, hvori det blev pålagt private elforsyningsvirksomheder at købe elektricitet fra vedvarende energikilder til mindstepriser, der var højere end den reelle værdi af denne type elektricitet, fastslog Domstolen, at den forringelse af skatteindtægterne, en sådan forpligtelse kunne medføre, ikke kunne anses for at »udgøre et middel til at give producenter af elektricitet fra vedvarende energikilder en bestemt fordel til skade for staten« [45]. På samme måde som i Sloman Neptun-dommen nåede Domstolen frem til denne konklusion ud fra den betragtning, at en sådan forringelse af skatteindtægterne var uadskilleligt forbundet med den pågældende ordning. Den finansielle byrde, som den i ordningen fastsatte forpligtelse til at købe til mindstepriser medførte, belastede udelukkende private virksomheder [46].

77. Hvad endelig angår dommen i sagen Tyskland mod Kommissionen foreskrives der heri langt fra en tæt forbindelse mellem fordelen og den byrde, som belaster statsmidlerne, men kvalificeres som støtte en situation, der kendetegnes af en adskillelse mellem dem, som den foranstaltning er rettet mod, der belaster statsbudgettet – i det pågældende tilfælde en skattebegunstigelse, der indrømmes investorerne på visse betingelser – og modtagerne af støtten, som indirekte opnår en fordel på grund af de investeringer, begunstigelsen fremmer. Domstolen støtter sig i dette øjemed på en undersøgelse af virkningerne af den pågældende lovgivning, som leder den til at fastslå, dels at den fordel, som indirekte indrømmes de virksomheder, der er omfattet af lovgivningen, »opstår som følge af medlemsstatens opgivelse af et skatteprovenu, som den normalt ville have opkrævet, idet det er denne opgivelse, som har givet investorerne muligheden for at erhverve andele i disse virksomheder på mere fordelagtige skattemæssige vilkår«, dels at »[d]et mellemled, som investorernes selvstændige beslutning udgør, [ikke kan] medføre, at den forbindelse, der består mellem skattebegunstigelsen og den fordel, som de berørte virksomheder opnår, ophæves, når den ændring af markedsbetingelserne, som fremkalder denne fordel, i økonomisk henseende er resultatet af et mistet skatteprovenu for det offentlige« [47]. I modsætning til de tidligere undersøgte domme anser Domstolen i denne forringelsen af skatteindtægterne for at være en følge af den fordel, som indirekte indrømmes de virksomheder, der er omfattet af den omhandlede lovgivning, skønt den er en følge af en skattebegunstigelse, som ikke er indrømmet disse virksomheder, men andre parter. Dette er efter min opfattelse udtryk for en bred fortolkning af forbindelsen mellem fordel og byrde, hvori der tages hensyn til de konkrete virkninger af statens indgreb, og som ikke støtter den restriktive fortolkning, Retten anlægger i den appellerede dom.

78. Ud over at den savner belæg i retspraksis, er det standpunkt, Retten indtager i præmis 262 i den appellerede dom, efter min mening ligeledes udtryk for en overdreven formalisme, som er vanskelig at forene med den anvendelse af støttebegrebet, der bygger på virkningerne af den omhandlede foranstaltning. Den kan desuden gøre det yderst vanskeligt at føre bevis for eksistensen af en statsstøtte, navnlig når der er tale om offentlige indgreb, som består i undertiden meget komplicerede

45 — Præmis 62.

46 — Det skal ligeledes bemærkes, at dommene i Sloman Neptun-sagen og PreussenElektra-sagen begge drejede sig om almene nationale lovgivninger, der regulerede en bestemt erhvervssektor, og som i førstnævnte tilfælde havde til formål at sikre sektorens konkurrencedygtighed og i sidstnævnte tilfælde at gennemføre miljøbeskyttelsesmål. Den omhandlede form for offentligt indgreb var således meget forskellig fra den, der er tale om i den foreliggende sag.

47 — Jf. ligeledes i denne retning Rettens dom af 18.1.2005, sag T-93/02, Confédération nationale du Crédit mutuel mod Kommissionen, Sml. II, s. 143, og af 4.3.2009, sag T-445/05, Associazione italiana del risparmio gestito og Fineco Asset Management mod Kommissionen, Sml. II, s. 289.

skridt, der, som i det foreliggende tilfælde, omfatter flere sammensatte foranstaltninger, der fordeler sig over en periode. Endelig er det, således som Kommissionen med rette har gjort gældende, vanskeligt at indpasse visse former for støtte, såsom indirekte støtte og støtte af social karakter til forbrugere som omhandlet i artikel 107, stk. 2, litra a), TEUF – hvor de af staten anvendte midler ikke automatisk resulterer i en tilsvarende fordel for modtagerne – i den rigide ramme, Retten fastlægger.

79. Af de anførte grunde finder jeg, at Retten begik en retlig fejl ved i den appellerede dom at kræve det påvist, at der var en tæt forbindelse mellem fordelen og den byrde, som belastede statsbudgettet.

80. Således som jeg viser nedenfor, påvirkede denne fejl rigtigheden af Rettens prøvelse som helhed af spørgsmålet om kvalifikationen af aktionærlånet som støtte.

b) Påstanden om, at Retten begik fejl ved ikke at anerkende, at der var en forbindelse mellem på den ene side den fordel, erklæringerne fra og med juli 2002 og meddelelsen af 4. december 2002 medførte, og på den anden side forpligtelsen af statsmidler som følge af tilbuddet af 20. december 2002 om en aftale om et aktionærlån (tredje underled af det første led af det andet appelanbringende i sag C-399/10 P og første og andet led af det andet appelanbringende i sag C-401/10 P)

81. Ifølge Bouygues og Kommissionen førte den fortolkning, Retten anlagde af karakteren af den forbindelse, der skal være mellem fordelen og anvendelsen af statsmidler, til, at den foretog en opdelt prøvelse af den franske stats indgreb til fordel for FT, som ikke klarlagde den konkurrencefordrejende virkning af de forskellige trufne foranstaltninger som helhed. Det var på grundlag af denne fejlagtige fremgangsmåde, at Retten med urette fastslog, at der ikke var nogen forbindelse mellem på den ene side fordelen i form af den beroligende virkning, erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 og meddelelsen af 4. december 2002 havde på markedet, og på den anden side forpligtelsen af statsmidler som følge af tilrådighedsstillelsen af det nævnte lån.

82. Det skal nævnes, at Retten i præmis 262 ff. i den appellerede dom behandler spørgsmålet om, hvorvidt de fordele, erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 og meddelelsen af 4. december 2002 indebar for FT, og som Retten havde påvist i det foregående, rent faktisk fulgte af en overførsel af statsmidler. Den foretager prøvelsen separat og successivt for så vidt angår: i) erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 (præmis 268-289)[48], ii) meddelelsen af 4. december 2002 (præmis 291-298) og iii) tilbuddet af 20. december 2002 om en aftale om et aktionærlån (præmis 299-301). I alle tre tilfælde drager Retten den konklusion, at der ikke var tale om overførsel af statsmidler.

83. Hvad meddelelsen af 4. december 2002 angår fastslår Retten indledningsvis, at hverken Kommissionen eller Bouygues har hævdet, at meddelelsen i henhold til fransk forvaltningsret eller civilret indebar overførsel af statsmidler (præmis 293-295). Eftersom – således som Retten selv bemærker i præmis 302 i den appellerede dom – den forpligtelse af statsmidler, som Kommissionen fastslog havde fundet sted i den anfægtede beslutning, følger *af fremsendelsen af tilbuddet af 20. december 2002 om en aftale om et aktionærlån sammen med meddelelsen af 4. december 2002* og ikke af meddelelsen alene, forekommer fastslåelsen af dette ikke relevant og er under alle omstændigheder ikke afgørende for, at det kan konkluderes, at Kommissionen ikke havde påvist, at der forelå forpligtelse af statsmidler[49].

48 — Jf. punkt 44-78 ovenfor.

49 — Kommissionen har i det andet led af sit andet anbringende gjort gældende, at den – i modsætning til hvad der fastslås i præmis 293 i den appellerede dom – havde fremlagt materiale, der gav grundlag for at fastslå, at erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 samlet betragtet udgjorde forpligtelse af statsmidler. Den har ligeledes gjort gældende, at Retten selv, nemlig i præmis 303-305 i den appellerede dom, fandt, at meddelelsen af 4. december 2002 allerede implicit indebar en sådan forpligtelse. Disse argumenter mener jeg ikke kan tiltrædes. Hvad det første angår fremgår det af 219. betragtning til den anfægtede beslutning, at Kommissionen i sidste instans afstod fra at tage endelig stilling til, om erklæringerne fra og med juli 2002 havde indebåret forpligtelse af statsmidler. Med hensyn til det andet argument fremgår det klart af præmis 293 i den appellerede dom, at Retten ikke behandlede spørgsmålet om, hvorvidt meddelelsen af 4. december 2002 indebar et tilsagn, som i henhold til fransk ret var retligt bindende for den franske stat.

84. Endvidere fortsætter Retten med at anføre i præmis 296 i den appellerede dom, at »[u]nder alle omstændigheder kan *en overførsel af statsmidler som følge af meddelelsen* af 4. december 2002 *kun svare til* den fordel, som består i den åbning af en kreditlinje på 9 mia. EUR, som udtrykkelig blev bebudet i meddelelsen«, og at denne fordel, som Kommissionen ikke påviste i fornødent omfang i den anfægtede beslutning, er »*særskilt i forhold til den, der fulgte af erklæringerne fra og med juli 2002*, og som blev fastslået i beslutningen« [50]. I denne passage udelukker Retten således på forhånd, at der kan foreligge en forbindelse, som er tilstrækkelig til, at der kan påvises en statsstøtte, mellem på den ene side *fordelen i form af den beroligende virkning*, erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 og meddelelsen af 4. december 2002 havde på markedet [51] og på den anden side – forudsat at Kommissionen har godtgjort den – *forpligtelsen af statsmidler som følge af samme meddelelse*.

85. Det følger af Rettens formulering, at denne konklusion *udelukkende* bygger på, at der mellem den fordel, der består i den nævnte beroligende virkning og den eventuelle retligt bindende forpligtelse for staten til at yde det aktionærlån, hvortil der blev henvist i meddelelsen af 4. december 2002, ikke er en *forbindelse* eller et *ækvivalensforhold*. Retten følger her det standpunkt, som jeg behandlede og forkastede ovenfor i præmis 70-78, og hvorefter den påviste fordel, for at det kan fastslås, at der foreligger statsstøtte, skal være tæt forbundet med en »*tilsvarende*« eller »*dertil svarende*« byrde, som belaster statsbudgettet. Rettens anvendelse af denne opfattelse af forbindelsen mellem fordel og forpligtelse af statsmidler fører i det foreliggende tilfælde til, at det fastslås, at der ikke er en sådan forbindelse, eftersom fordelen (den beroligende virkning på finansmarkederne alene som følge af meddelelsen om åbningen af en kreditlinje til fordel for FT) og byrden (det retligt bindende tilsagn om at åbne den bebudede kreditlinje) ikke er af samme art.

86. Heraf følger, at det efter Rettens opfattelse ikke havde kunnet fastslås, at der havde foreligget en støtte, som bestod i den fordel, som forbedringen af vilkårene for refinansiering af FT's gæld som følge af finansmarkedernes positive reaktion efter meddelelsen af 4. december 2002 udgjorde, selv hvis Kommissionen havde påvist, at meddelelsen ved at skabe en retligt bindende forpligtelse for staten *i sig selv* havde indebåret overførsel af statsmidler, dvs. selv hvis fordelen og byrden for statsbudgettet havde været en følge af *én og samme retsakt* (meddelelsen af 4. december 2002). Et sådant resultat havde navnlig været vanskeligt at forstå, fordi Retten selv anerkender, at meddelelsen bibragte FT en uomtvistelig fordel, og at denne fordel netop var, hvad den franske stat tilstræbte, og som alle de successive foranstaltninger fra juli til december 2002 i sidste instans tog sigte på inden for rammerne af en og samme strategi for støtte til FT.

87. På grundlag af de ovenstående betragtninger finder jeg, at det var på basis af en fejlagtig fortolkning af rækkevidden af den forbindelse, der skal være mellem fordel og forpligtelse af statsmidler, at Retten i den appellerede doms præmis 296 og 297 fandt, at der ikke kunne fastslås en forbindelse mellem på den ene side den fordel, som den beroligende virkning på finansmarkederne af meddelelsen af 4. december 2002 havde udgjort, og på den anden side en eventuel overførsel af statsmidler som følge af denne meddelelse. Det kan dog ikke udledes af konstateringen af denne fejl i sig selv, at den appellerede dom må ophæves. Således som Rettens ræsonnement er bygget op, udgør nævnte præmis 296 og 297 nemlig kun en del af et supplerende led i begrundelsen.

88. Efter denne præcisering skal det bemærkes, at den samme fejlagtige fortolkning ligeledes påvirker den resterende del af Rettens prøvelse.

89. Det gælder bl.a. med hensyn til præmis 299 i den appellerede dom, hvori Retten med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt fremsendelsen af tilbuddet af 20. december 2002 om en aftale om et aktionærlån til FT indebar overførsel af statsmidler, finder, at »da Kommissionen ikke godtgjorde i den anfægtede beslutning, at tilbudet om en aftale indebar en fordel i sig selv, kan Retten så meget

50 — Min fremhævelse.

51 — Det skal nævnes, at når Retten i ovennævnte præmis 296 og 297 henviser til »erklæringerne fra og med juli 2002«, henviser den ligeledes til meddelelsen af 4. december 2002.

desto mindre fastslå, at der til denne fordel knyttede sig en overførsel af statsmidler«. Skønt denne konklusion ifølge Rettens ræsonnement følger logisk af det, der fastslås i præmis 246-267 i den appellerede dom [52], er dens beslutning om ikke på dette stadium at knytte den eventuelle forpligtelse af statsmidler som følge af fremsendelsen af tilbuddet sammen med den beroligende virkning på finansmarkederne af meddelelsen af 4. december 2002 – således som Kommissionen gjorde i den anfægtede beslutning – kun berettiget ud fra den indskrænkende fortolkning af forbindelsen mellem fordel og forpligtelse af statsmidler, som jeg behandlede og forkastede i præmis 70-78 ovenfor.

90. Den nævnte fortolkning afspejler sig ligeledes i den prøvelse, som er indeholdt i præmis 302 ff. i den appellerede dom, hvori Retten i forbindelse med sin behandling af spørgsmålet om, hvorvidt det var lykkedes Kommissionen at påvise en overførsel af statsmidler på grundlag af dens »helhedsorienterede fremgangsmåde«, prøver, »dels om erklæringerne fra og med juli 2002 allerede indebar den potentielle byrde for statsbudgettet, som Kommissionen fastslog, at meddelelsen om forslaget om et aktionærlån og fremsendelsen af udkastet til et aktionærlån havde udgjort, dels om denne byrde svarede til den fordel, Kommissionen fastslog, at de nævnte erklæringer havde medført«. Inden for rammerne af denne prøvelse fandt Retten i præmis 303-305 i den appellerede dom, at meddelelsen af 4. december 2002 på grund af den åbne, upræcise og betingede karakter af erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 havde udgjort »et vigtigt brud i den kæde af omstændigheder, der førte til refinansieringen af FT's gæld«, og drog i præmis 308 den konklusion, at Kommissionen i betragtning af dette brud ikke havde ret til at fastslå, at der havde været en forbindelse »mellem en eventuel forpligtelse af statsmidler på dette tidspunkt og de fordele, som var blevet tilstået ved de tidligere foranstaltninger, dvs. erklæringerne fra og med juli 2002«. Ifølge Retten ville »[e]n sådan forbindelse [...] mellem støttebegrebets grundlæggende elementer, når det drejer sig om forskellige faktiske omstændigheder, der er indtruffet på forskellige tidspunkter [...] nemlig være i strid med kravet om en forbindelse mellem fordelen og overførslen af statsmidler [...], således som det blev fastslået i PreussenElektra-dommen«. I den følgende præmis bemærker Retten, at der ikke »til den omstændighed, at erklæringerne fra og med juli 2002 og meddelelsen af 4. december 2002 medførte en fordel for FT, [knyttede sig] *en tilsvarende formindskelse af statsbudgettet* [...]«, og henviser hvad dette angår til præmis 296 og 297 i den appellerede dom.

91. Med hensyn til de konsekvenser, Retten knytter til fastslåelsen af, at der var et brud mellem erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 og meddelelsen af 4. december 2002, skal det bemærkes – således som Retten selv medgiver, bl.a. i præmis 243 i den appellerede dom – at den fordel i form af en beroligende virkning på finansmarkederne, der blev fastslået i den anfægtede beslutning, ikke alene fulgte af de nævnte erklæringer, *men også* af meddelelsen af 4. december 2002 og derfor også viste sig efter bruddet. Heraf følger, at fastslåelsen af, at der var et brud, ikke i sig selv medfører, at det kan udelukkes, at den forbindelse forelå, som Kommissionen havde fastslået mellem den nævnte fordel og forpligtelsen af statsmidler, på tidspunktet for fremsendelsen af tilbuddet af 20. december 2002 om en aftale om et aktionærlån.

92. Derimod fremgår det klart af de passager, der gengives i punkt 90 ovenfor, at selv inden for rammerne af prøvelsen af de foranstaltninger som helhed, der førte frem til refinansieringen af FT's gæld, er det, der konkret forhindrer Retten i at fastslå, at den forbindelse eksisterer, som Kommissionen påviste mellem på den ene side den beroligende virkning på finansmarkederne af meddelelsen om tilrådighedsstillelsen for FT af et aktionærlån på et bestemt beløb, og »det forhold, at markedet blev bibragt det indtryk, at lånet var en realitet« [53], og på den anden side den overførsel af

52 — Det skal nævnes, at Retten i præmis 246 i den appellerede dom udelukkede, at fremsendelsen af tilbuddet af 20. december 2002 om en aftale om et aktionærlån i sig selv kunne have haft en beroligende virkning på markedet, der kan sammenlignes med virkningen af meddelelsen af 4. december 2002, da den ikke var blevet offentliggjort, og i præmis 264-267 fastslog, at Kommissionen ikke havde påvist en fordel, der knyttede sig til fremsendelsen, og som var særskilt i forhold til den, der fulgte af erklæringerne fra og med juli 2002 og meddelelsen.

53 — Jf. 194. betragtning til den anfægtede beslutning og fodnote 116 i denne.

statsmidler, der knytter sig til gennemførelsen af denne foranstaltning [54], den opfattelse, at en sådan sammenhæng forudsætter en tæt forbindelse mellem fordelen og byrden for statsbudgettet – en forbindelse, som ikke findes mellem en byrde (i det foreliggende tilfælde fremsendelsen af tilbuddet af 20. december 2002 om en aftale om et aktionærlån) og en overførsel af statsmidler, der ikke afspejler sig i modtagerens formue i form af en fordel af samme art (i det foreliggende tilfælde muligheden for når som helst at tildele sig selv det pågældende beløb).

93. Det fremgår af de ovenstående betragtninger i det hele, at det var på grundlag af en fejlagtig fortolkning af rækkevidden af forbindelsen mellem fordel og forpligtelse af offentlige midler, at Retten fandt, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde ikke havde påvist en overførsel af statsmidler.

94. Derudover står det endnu tilbage at vurdere, om Kommissionen i den anfægtede beslutning med føje kunne påvise en forbindelse mellem fordelen i form af den beroligende virkning på finansmarkederne af bl.a. meddelelsen af 4. december 2002 og den angivelige forpligtelse af statsmidler som følge af fremsendelsen af tilbuddet af 20. december 2002 om en aftale om et aktionærlån [55].

95. Da der, hvad dette angår, er tale om tæt forbundne foranstaltninger, såsom meddelelsen om et bestemt statsligt indgreb og gennemførelsen af dette (ved fremsendelsen af den underskrevne og paraferede aftale) [56], mellem hvilke der i øvrigt kun er et tidsrum på ca. to uger, mener jeg ikke, at den omstændighed i sig selv, at fordelen for modtageren følger af den første af foranstaltningerne, mens forpligtelsen af statsmidler knytter sig til den anden, udelukker, at der kan påvises en forbindelse, som er kendetegnende for en støtte, mellem dem. Det ville efter min opfattelse være alt for formalistisk at udelukke, at der er en sådan forbindelse, alene fordi den pågældende fordel ikke følger direkte af den foranstaltning, som kan indebære overførsel af statsmidler, men snarere af statens offentliggørelse af, at foranstaltningens gennemførelse er nært forestående. Mere generelt mener jeg, at det er ensbetydende med at se bort fra de økonomiske realiter, der var forbundet med den franske stats indgreb i forbindelse med refinansieringen af FT's gæld, at afvise, at der var en sådan forbindelse, eftersom det er ubestridt, at det kun var takket være statens gentagne erklæringer om støtte til FT [57], herunder bl.a. meddelelsen af 4. december 2002, at FT kunne refinansiere sin gæld, og eftersom de forskellige af staten trufne foranstaltninger, herunder ERAP's fremsendelse af tilbuddet af 20. december 2002 om en aftale om et aktionærlån – som var det eneste, der kunne indebære forpligtelse af statsmidler – indgik i en og samme statslige strategi for støtte til FT, som »havde til formål og til følge at genvinde markedernes tillid« [58] med henblik på at muliggøre en refinansiering af FT's gæld på mere gunstige vilkår.

54 — Nærmere bestemt »[den] potentiel[le] supplerende byrde [...] som følge af, at det blev meddelt, at der ville blive stillet et aktionærlån til rådighed, i forbindelse med at forhåndsbetingelserne for denne tilrådighedsstillelse blev gennemført [...], at markedet blev bibragt det indtryk, at forskuddet rent faktisk var blevet stillet til rådighed [...], og, endelig, at ERAP tilsendte FT den paraferede og underskrevne aftale om aktionærlånet«; 196. betragtning til den anfægtede beslutning.

55 — I lighed med Retten tager jeg ikke stilling til, om, således som Kommissionen anførte i 196. betragtning til den anfægtede beslutning, fremsendelsen af udkastet til en aftale om et aktionærlån i sig selv indebar forpligtelse af statsmidler i form af en potentiel byrde for statsbudgettet – eftersom staten »måtte [stille] de dertil svarende midler til rådighed for FT gennem ERAP« – og således uden hensyn til såvel en undersøgelse af de betingelser, hvorunder aftalen blev forelagt, som den omstændighed, at den aldrig blev gennemført. Det skal dog nævnes, at hverken den franske regering eller FT – i modsætning til den tyske regering – har bestridt, at der kan være blevet skabt en forpligtelse af statsmidler på dette stadium.

56 — Kommissionen henviser i denne forbindelse i sit appelskrift til »to udtryk for den samme omstændighed, som ydermere blev opfattet som en enhed af markederne«.

57 — Selv om erklæringerne udnyttede de subjektive reaktioner, der udvises af aktørerne på finansmarkederne, bibragte de FT en objektiv materiel fordel.

58 — Jf. den appellerede dom, præmis 303.

96. På grundlag af de ovenstående betragtninger i det hele finder jeg, at Retten begik en retlig fejl ved, på grundlag af en fejlagtig fortolkning af artikel 87, stk. 1, EF, ikke at anerkende, at der var en forbindelse mellem på den ene side den fordel, erklæringerne fra og med juli 2002 og meddelelsen om aktionærlånet havde medført, og på den anden side den potentielle forpligtelse af statsmidler som følge af fremsendelsen af tilbuddet af 20. december 2002 om en aftale om et aktionærlån. En sådan fejl medfører på grund af sin art, at den appellerede dom må ophæves [59].

97. I den resterende del af dette forslag til afgørelse behandler jeg kort de øvrige af Bouygues og Kommissionen fremsatte anbringender og argumenter, for det tilfælde at Domstolen ikke er enig i de konklusioner, hvortil jeg er nået ovenfor.

c) Påstanden om, at Retten begik fejl ved anvendelsen af fordelsbegrebet i relation til tilrådighedsstillelsen af en kreditlinje (andet led af det andet appelanbringende i sag C-401/10 P)

98. Inden for rammerne af det andet led af deres andet appelanbringende har Bouygues gjort gældende, at det var fejlagtigt, at Retten i sin undersøgelse af, om der forelå en fordel, tog meddelelsen af 4. december 2002 og fremsendelsen af tilbuddet af 20. december 2002 om en aftale om et aktionærlån i betragtning hver for sig, skønt der ifølge Bouygues var tale om dele af et og samme statslige indgreb, som ikke kunne vurderes separat.

99. I den udstrækning dette klagepunkt har til formål at anfægte Rettens bedømmelse vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt der knyttede sig en fordel til fremsendelsen af tilbuddet af 20. december 2002 om en aftale om et aktionærlån, mener jeg, at det må afvises. I den udstrækning kritikpunktet derimod går ud på at kritisere Rettens konklusion om, at der ikke var en tilstrækkelig tæt forbindelse mellem »den beroligende virkning af offentliggørelsen af åbningen af en kreditlinje på 9 mia. [EUR] og den deraf følgende overførsel af statsmidler«, er det sammenfaldende med det, der blev fremført inden for rammerne af det tredje underled af det første led af det andet appelanbringende, som jeg behandlede ovenfor sammen med de lignende kritikpunkter, Kommissionen har fremført.

d) Påstanden om, at Retten begik en fejl ved ikke at prøve, om kriteriet om den fornuftige private investor var opfyldt, med henblik på at fastslå, om FT var blevet bibragt en fordel (tredje led af det andet appelanbringende i sag C-401/10 P)

100. I det tredje led af sit andet appelanbringende har Kommissionen i det væsentlige gjort gældende, at Retten burde have undersøgt – således som Kommissionen gjorde i den anfægtede beslutning – om den fordel, FT var blevet bibragt som følge af erklæringerne fra og med juli 2002 som helhed og meddelelsen af 4. december 2002, »var blevet ydet på normale markedsvilkår, eller om en privat virksomhed kunne have fået den samme fordel på de samme vilkår, hvis staten havde handlet som en privat investor«. Ved ikke at foretage denne prøvelse tilsidesatte Retten artikel 87, stk. 1, EF.

101. Dette klagepunkt mener jeg må forkastes som irrelevant. Det fremgår nemlig klart af præmisserne for den appellerede dom, at Retten drog den konklusion, at Kommissionen havde fejlfortolket støttebegrebet som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF, idet den, selv om den i fornødent omfang havde påvist, at erklæringerne fra og med juli 2002 og meddelelsen af 4. december 2002 havde medført en fordel for FT, dog ikke havde påvist, at fordelen fulgte af en overførsel af statsmidler. Kommissionen har ikke forklaret, hvorledes en eventuel prøvelse af retmæssigheden af den metode, den fulgte ved anvendelsen af kriteriet om den private investor, kunne have ført til, at Retten havde ændret den konklusion, der danner grundlag for annullationen af den anfægtede beslutning.

59 — Denne konklusion og de ovenstående betragtninger som helhed berører naturligvis ikke spørgsmålet om, hvorvidt det omhandlede indgreb fra den franske stats side opfylder eller ikke opfylder kriteriet om den fornuftige private investor i en markedsøkonomi.

e) Påstanden om, at artikel 87 EF, sammenholdt med artikel 230 EF, blev tilsidesat som følge af, at Retten ikke tog det skøn i betragtning, som Kommissionen råder over, når den foretager komplicerede økonomiske undersøgelser (fjerde led af det andet appelanbringende i sag C-401/10 P)

102. I det fjerde led af sit andet appelanbringende har Kommissionen indledningsvis lagt Retten til last, at den ikke tog det skøn i betragtning, som Kommissionen rådede over, da den i den anfægtede beslutning foretog komplicerede økonomiske vurderinger under anvendelse af kriteriet om den fornuftige private investor i en markedsøkonomi. Dette klagepunkt må ligeledes afvises, da Kommissionen ikke har forklaret, hvorledes Retten kunne undlade at tage det skøn i betragtning, som Kommissionen havde gjort brug af ved anvendelsen af kriteriet om den private investor, når Retten ikke prøvede lovligheden af den anfægtede beslutning for så vidt angår den del, hvori kriteriet blev anvendt.

103. I samme led af anbringendet har Kommissionen endvidere kritiseret Retten for, at den satte sin egen fremgangsmåde i stedet for Kommissionens ved at foretage en opportun kontrol af den anfægtede beslutning. Kommissionen synes navnlig at lægge Retten til last, at den ved undersøgelsen af, om der forelå overførsel af statsmidler, forkastede den »helhedsorienterede fremgangsmåde«, som Kommissionen havde fulgt ved anvendelsen af kriteriet om den private investor, som uberettiget. Dette argument kan heller ikke tiltrædes. Retten kan nemlig ikke beskyldes for, at den overskred grænserne for legalitetskontrollen i relation til anvendelsen af støttebegrebet, da den, bl.a. på grundlag af sin egen vurdering af de faktiske omstændigheder, fastslog, at der selv ud fra en samlet betragtning af de successive hændelser fra og med juli 2002 ikke kunne påvises en overførsel af statsmidler.

104. De øvrige argumenter, som Kommissionen har fremført i dette led af sit andet appelanbringende, er sammenfaldende med dem, som allerede er blevet fremstillet inden for rammerne af samme anbringendes første og andet led.

B – *Påstanden om, at begrundelsen for den appellerede dom er selvmodsigende (første appelanbringende i sag C-401/10 P)*

105. Ifølge Kommissionen foretager Retten, forskellige steder i den appellerede dom, vurderinger af de undersøgte hændelser, som er indbyrdes uforenelige. Bl.a. foretager den på den ene side en samlet vurdering af erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 og meddelelsen af 4. december 2002 og fastslår på grundlag heraf, at foranstaltningerne samlet betragtet indebar en fordel for FT, men fastslår på den anden side, i strid med sine tidligere konstateringer, at der var et vigtigt brud mellem erklæringerne og meddelelsen.

106. Jeg deler ikke Kommissionens synspunkt. Tværtimod følger den appellerede dom efter min opfattelse en meget lineær logik, og jeg mener ikke, at begrundelsen for den indeholder de af Kommissionen påståede selvmodsigelser. Jeg finder navnlig ikke, at der er nogen modsigelse mellem på den ene side fastslåelsen af, at erklæringerne af 12. juli, 13. september og 2. oktober 2002 og meddelelsen af 4. december 2002, betragtet samlet eller hver for sig, gav FT en og samme (eller en lignende) fordel, fordi de udtrykte, at staten agtede at gribe ind til støtte for selskabet, og på den anden side fastslåelsen af, at disse forskellige foranstaltninger ikke udviste den samme grad af præcision med hensyn til angivelsen af, hvilke midler der ville blive taget i anvendelse for at gennemføre støtten, og af, at de var af forskellig art og havde forskellig rækkevidde for så vidt angår deres evne til at forpligte staten på en retligt bindende måde. Ligeledes kan der, hvis man lægger Rettens fortolkning af forbindelsen mellem fordel og overførsel af statsmidler til grund, og i modsætning til hvad Kommissionen har påstået, ikke påvises nogen modsætning mellem på den ene side præmis 259 i den appellerede dom, hvori Retten konkluderer, at »erklæringerne fra og med juli 2002 og meddelelsen af 4. december 2002 [indebar], at der blev tilstået FT en fordel«, og præmis 296, hvori den anfører, at »en overførsel af statsmidler som følge af meddelelsen af 4. december 2002 kun [kan] svare til den fordel, som består i den åbning af en kreditlinje på 9 mia. EUR, som udtrykkelig

blev bebudet i meddelelsen«. Som nævnt ovenfor udgør sidstnævnte præmis nemlig anvendelsen på dette punkt af det standpunkt, hvorefter der kun kan være en forbindelse mellem en fordel og en overførsel af statsmidler, som er af samme art, hvilket ifølge Retten ikke er tilfældet i den foreliggende sag mellem på den ene side fordelen i form af den beroligende virkning på finansmarkederne af de nævnte erklæringer og den nævnte meddelelse og på den anden side overførslen af offentlige midler som følge af åbningen af kreditlinjen på 9 mia. EUR til fordel for FT.

107. Jeg finder følgelig, at Kommissionens første appelanbringende må forkastes.

C – Påstanden om, at den anfægtede beslutning blev fejlfortolket og gengivet urigtigt (tredje appelanbringende i sag C-410/10 P)

108. I sit tredje appelanbringende har Kommissionen lagt Retten til last, at den fejlfortolkede den anfægtede beslutning og gengav de faktiske omstændigheder, hvorpå denne retsakt bygger, urigtigt. Kommissionen har nærmere bestemt kritiseret Retten for i præmis 254 og 255 i den appellerede dom at have fundet, at Kommissionen skulle have foretaget en mere udførlig undersøgelse af, om tilbuddet af 20. december 2002 om en aftale om et aktionærlån medførte en særskilt fordel, og givet en mere udførlig begrundelse for, hvorfor det gjorde det, skønt det fremgår klart af 190. og 194. betragtning til den anfægtede beslutning, at Kommissionen på intet tidspunkt tog en sådan fordel i betragtning, men konsekvent kun lagde den fordel til grund, der bestod i, at kapitalmarkederne igen åbnede sig for FT på optimale vilkår som følge af »det forhold, at markedet [var blevet] bibragt det indtryk, at [aktionær]lånet var en realitet«. Endvidere har Kommissionen bestridt bemærkningen i præmis 247 i den appellerede dom om, at den under retsmødet for Retten den 21. april 2009 anerkendte, at nævnte tilbud om en aftale om et aktionærlån i sig selv havde indebåret en yderligere og særskilt fordel for FT i forhold til den fordel, der fulgte af meddelelsen af 4. december 2002. I modsætning til hvad Kommissionen har gjort gældende, fremgår det klart af dommens præmisser, herunder navnlig af præmis 244 og 245, at Retten rent faktisk først og fremmest tog den fordel i betragtning, som fulgte af, »at markedet [var blevet] bibragt det indtryk, at [aktionær]lånet var en realitet«, og som ifølge Kommissionen er den eneste, der påberåbes i den anfægtede beslutning, og at det kun var for fuldstændighedens skyld, at Retten i præmis 254 og 255 undersøgte, om beslutningen kunne fortolkes således, at Kommissionen ligeledes påberåbte sig en yderligere og særskilt fordel. På den baggrund – og uden at det er fornødent at prøve, om Retten gengav Kommissionens bemærkninger under retsmødet den 21. april 2009 urigtigt – mener jeg, at det klagepunkt om fejlagtig fortolkning af den anfægtede beslutning, som blev fremstillet i punktet ovenfor, må forkastes som grundløst.

109. Endvidere har Kommissionen inden for rammerne af sit tredje anbringende kritiseret Retten for at have »gengivet [den anfægtede beslutning] og de omstændigheder, hvorpå den bygger, urigtigt« ved at anføre, at der indtraf et vigtigt brud i hændelsesforløbet fra juli til december 2002 mellem erklæringen af 12. juli 2002 og meddelelsen af 4. december 2002, »uden at nævne de to andre erklæringer, der blev fremsat i september og oktober 2002«, og som ifølge Kommissionen vidner om den gradvise konkretisering af den franske stats tilsagn over for FT. Dette klagepunkt må ligeledes forkastes. Det fremgår nemlig navnlig af præmis 303 og 304 i den appellerede dom, at Retten fandt, at meddelelsen af 4. december 2002 havde udgjort et »vigtigt brud« i hændelsesforløbet i forhold til *de tre erklæringer* af juli, september og oktober 2002 (»erklæringerne fra og med juli 2002« ifølge den benævnelse, Retten fastlagde i præmis 21 i den appellerede dom) – hvis karakter og rækkevidde for hver enkelt erklærings vedkommende var blevet undersøgt udførligt i præmis 273-276 i den appellerede dom – og at den følgelig ikke undlod at tage alle de foranstaltninger, som var gået forud for meddelelsen, i betragtning, således som Kommissionen har hævdet.

110. På baggrund af de ovenstående betragtninger som helhed finder jeg, at Kommissionens tredje appelanbringende må forkastes i det hele som grundløst.

D – *Den Franske Republiks påstand om ændring af begrundelsen*

111. Den franske regering har i sit svarskrift til Kommissionens appel gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl, da den i præmis 240 og 259 i den appellerede dom kvalificerede virkningerne af erklæringerne fra og med juli 2002 og meddelelsen af 4. december 2002 som en fordel som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF, før den undersøgte disse foranstaltninger på grundlag af kriteriet om den fornuftige private investor.

112. Den påstand om ændring af begrundelsen, som den franske regering i det væsentlige har nedlagt for Domstolen ved denne argumentation, mener jeg ikke kan tages til følge. I præmis 217 i den appellerede dom bemærker Retten nemlig, at »anvendelsen af kriteriet om den private investor [nødvendigvis forudsætter] at de foranstaltninger, staten træffer til fordel for en virksomhed, giver denne en fordel, som hidrører fra statsmidler«. I præmis 221 anfører den, at den først vil undersøge, om den franske stats foranstaltninger til fordel for FT gav selskabet en fordel, og derpå, om fordelen blev tilstået i overensstemmelse med kriteriet om den fornuftige private investor. Endelig angiver Retten i præmis 313, at det ikke er fornødent at prøve de anbringender og argumenter, som sagsøgerne i første instans har fremsat vedrørende lovligheden af Kommissionens anvendelse af kriteriet om den fornuftige private investor. På den baggrund kan Retten, således som FT selv har medgivet, ikke anses for at have taget stilling til, om den materielle fordel som følge af den franske stats foranstaltninger til fordel for FT, således som den blev påvist i præmis 234-240 i den appellerede dom, var »uberettiget« som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF[60].

V – Forslag til afgørelse

113. Af de anførte grunde foreslår jeg, at Domstolen ophæver dommen afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 21. maj 2010, Frankrig m.fl. mod Kommissionen (forenede sager T-425/04, T-444/04, T-450/04 og T-456/04). Da den fejl, Retten begik, påvirker rigtigheden af dens prøvelse som helhed, og da den ikke prøvede alle de anbringender, der var blevet fremsat mod Kommissionens beslutning 2006/621/EF af 2. august 2004 om statsstøtte ydet af Frankrig til France Télécom, herunder anbringendet om Kommissionens anvendelse af princippet om den fornuftige private investor i en markedsøkonomi, finder jeg det hensigtsmæssigt, at Domstolen i overensstemmelse med artikel 61, stk. 1, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol hjemviser sagen til Retten med henblik på en ny behandling af den i første instans og udsætter afgørelsen om appelsagens omkostninger.

60 — Jf. ligeledes Domstolens dom af 5.6.2012, sag C-124/10 P, Kommissionen mod EDF m.fl., præmis 89.